Die entgeltliche Veräußerung ungeschützter materieller wirtschaftlicher Güter

mit besonderer Berücksichtigung der entgeltlichen Veräußerung einer Anwalts- und Ärzte-Praxis.

Inaugural-Dissertation

zur Erlangung der Doktorwürde

der hohen Juristischen Fakultät der Universität

zu Breslau

vorgelegt von

Wolfram Kleckow

Referendar.

Löbner & Co., Grünberg i. Schl.

1910.

Gedruckt mit Genehmigung der Juristischen Fakultät der Universität Breslau.

Referent: Professor Dr. Schott.
Correferent: Professor Dr. J. Meyer.

Literatur-Verzeichnis.

Lehrbücher, Kommentare, Monographien und Dissertationen.

Bechmann: System des Kaufes nach gemeinem Recht.

Cosack: Lehrbuch des deutschen bürgerlichen Rechts. 4. Auflage

Crome: System des deutschen bürgerlichen Rechts 1902.

Dernburg: Das bürgerliche Recht des deutschen Reiches und Preußens 1905.

Düringer-Hachenburg: Das Handelsgesetzbuch 1905.

Eck-Leonhard: Verträge über das Recht des bürgerlichen Gesetzbuches. 1. und 2. Auflage, Berlin 1903.

Endemann: Lehrbuch des bürgerlichen Rechts. 9. Auflage, Berlin 1903.

Hölder: Kommentar zum bürgerlichen Gesetzbuch. München 1900.

v. Jhering: Der Zweck im Recht. 2. Auflage, Leipzig 1886.

Kohler: Die Ideale im Recht; im Archiv für bürgerliches Recht Bd. 5, § 161 ff.

Kohler: Lehrbuch des bürgerliches Rechts. Berlin 1906.

Kuhlenbeck: Das bürgerliche Gesetzbuch für das deutsche Reich 1903.

Lotmar: Der unmoralische Vertrag; insbesondere nach gemeinem Recht. Leipzig 1896.

Motive zu dem Entwurf eines bürgerlichen Gesetzbuches. Amtliche Ausgabe. Berlin und Leipzig 1888.

Oertmann: Kommentar zum bürgerlichen Gesetzbuch. 2. Auflage 1906.

Pisko: Das Unternehmen als Gegenstand des Rechtsverkehrs. Wien 1907.

Plank: Kommentar zum B. G. B. 3. Auflage, Berlin 1903.

Rehbein: Das bürgerliche Gesetzbuch mit Erläuterungen.

v. Staudinger: Kommentar zum bürgerlichen Gesetzbuch. 3. und 4. Auflage.

Inhaltsangabe.

I. Abschnitt:
Untersuchung der rechtlichen Natur der Veräußerungsverträge über derartige wirtschaftliche Güter . . . . . Seite 1–36

II. Abschnitt:
Untersuchung des Inhalts dieser Verträge und der aus denselben entspringenden gegenseitigen Rechten und Pflichten . . . . . Seite 36–41

III. Abschnitt:
Untersuchung der Frage nach der Zulässigkeit dieser Verträge mit Rücksicht auf § 138 B. G. B. . . . Seite 41–70

Digitized by the Internet Archive
in 2026

https://archive.org/details/IA41543115_0078

I. Abschnitt.

Untersuchung der rechtlichen Natur dieser Veräußerungsverträge.

Einer der bestrittensten Begriffe unserer modernen Volkswirtschaftslehre ist der Begriff des wirtschaftlichen Gutes. Obgleich dieser Begriff meist als Ausgangspunkt unserer ganzen National-Ökonomie angesehen wird, mit dessen Hilfe andere Begriffe wie Vermögen, Wohlstand, Reichtum, Wirtschaft, ihrerseits erst wieder bestimmt und erklärt werden, so gehen doch die Meinungen der Gelehrten über das Wesen dieses Grundbegriffes schon derart weit auseinander, daß es schwer fällt, zwei übereinstimmende Definitionen von „Gut" in den Werken der bedeutenderen National-Ökonomen zu finden; so will z. B. ein großer Teil unserer National-Ökonomen den Begriff „Gut" nur auf Sachen und Rechte beschränken, und alles andere davon ausschließen. Meine Aufgabe ist es nicht, in diesem Streit der Meinungen eine kritische Stellung einzunehmen; wenn hier im folgenden von wirtschaftlichen Gütern gesprochen wird, so soll das nicht im strengen Sinne der national-ökonomischen Wissenschaft geschehen, sondern es soll unter Gut, dem Sprachgebrauch des täglichen Lebens folgend, alles das angesehen und verstanden werden, was als geeignet erscheint, der Befriedigung menschlicher Bedürfnisse und Interessen zu dienen,*) gleichgültig ob es sich nun um Sachen oder Rechte oder sonstige Verhältnisse rechtlicher oder tatsächlicher Natur

*) cfl. 1; 49; D; de V, S; Naturaliter bona ex eo dicuntur, quod beant, hoc est beatos faciunt; beare est prodesse.

handeln mag. Für die Praxis haben diese komplicierten Untersuchungen über das Wesen dieses Begriffes auch wenig oder gar keinen Wert; ist es doch überhaupt für eine Wissenschaft stets ein wenig glückliches Unterfangen, Worte, mit denen wir in unserer Sprache einen feststehenden Begriff zu verbinden pflegen, nach ihrem Gutdünken umzugestalten und ihnen eine neue, von der gewöhnlichen völlig verschiedene Bedeutung zu geben. Was für den Einzelnen ein Gut ist, das braucht nicht durch gelehrte Untersuchungen festgestellt zu werden, sondern das tägliche Leben wird es jedem offenbaren. Wenn nun angesehene National-Ökonomen sich deshalb sträuben, solche rein tatsächlichen Verhältnisse, wie Kundschaft, Praxis usw. als Güter im wirtschaftlichen Sinne anzuerkennen, weil sie sich nicht als Sachen oder Rechte charakterisieren, so scheint mir dies in hohem Maße unverständlich. Denn daß eine Praxis, eine Kundschaft zuweilen auch ein Geheimnis, für den Einzelnen oft ein sehr erhebliches Gut ist, oft das Einzige, von dem er seinen Lebensunterhalt bestreiten kann, bedarf wohl keiner Erörterung. Die Kundschaft bildet unter Umständen den wichtigsten Bestandteil des Handelsgeschäftes und für die Möglichkeit, sie zu erwerben, werden oft die größten Summen gezahlt. Praxis und Kundschaft sind meiner Ansicht nach ebenso geldwerte Güter wie Sachen und Rechte,*) und die Ansicht ist deshalb ganz gerechtfertigt, daß der Kaufmann den Wert der für ein Gegenäquivalent erworbenen Kundschaft oder eines Geschäftsgeheimnisses sehr wohl in seine Bilanz aufnehmen kann.**) Aber es sind eben Güter ganz eigener Art und deshalb werden sie im Rechtsverkehr auch eine eigentümliche Stellung einnehmen müssen.

*) Dem steht nicht entgegen, daß die Kundschaft allerdings immer den flüchtigsten Bestandteil des Vermögens bilden wird, den man nie ganz binden kann und der eben so schnell verloren gehen kann, wie er gewonnen wird.

**) Vergl. Simon, Bilanzen § 48.

Unsere Aufgabe soll es nun sein, im Folgenden zu untersuchen, wie derartige Güter, wenn sie als Objekte in den Handelsverkehr eintreten, von der Rechtsordnung zu behandeln sind. Bevor wir aber dieser Frage näher treten können, müssen wir zunächst das Wesen und den Wert dieser Güter genauer festzustellen versuchen.

Die Frage „Was ist eine Kundschaft?“ ist nicht ganz einfach zu beantworten, zumal das Wort Kundschaft in der verschiedensten Bedeutung gebraucht wird. In dem Sinne, in dem wir das Wort im gewöhnlichen Leben gebrauchen, verstehen wir im Allgemeinen unter Kundschaft die Gesamtheit derjenigen Personen, die die Befriedigung bestimmter Bedürfnisse regelmäßig an derselben Quelle suchen; und wenn wir nun diesen Begriff der Kundschaft nicht lediglich auf Sachen beschränken, sondern ihn auch auf persönliche Leistungen beziehen, so haben wir damit auch den Begriff der Kundschaft eines Handwerkers, Arztes und Rechtsanwalts gewonnen, nur daß wir die Kundschaft bei den letzteren beiden mit Klientel oder Praxis bezeichnen. Von einem anderen Gesichtspunkte aus betrachtet können wir die Kundschaft oder Praxis auch als das rein tatsächliche Verhältnis zwischen dem Inhaber der Kundschaft und einer Anzahl anderer Personen bezeichnen, vermöge dessen sich die anderen gewöhnt haben, ihre Bedürfnisse regelmäßig an derselben Quelle, d. h. also bei dem Inhaber der Kundschaft zu befriedigen; die Kundschaft ist also ein wirtschaftliches Gut, das sich nicht wie der größte Teil unserer wirtschaftlichen Güter als eine Sache oder ein Recht charakterisiert, sondern das lediglich in einem rein tatsächlichen Verhältnis zwischen bestimmten Personen besteht.

Schwieriger wird sich aber noch die Frage beantworten lassen, als was ist ein Geheimnis von wirtschaftlichem Standpunkte anzusehen. Denn an und für sich wird dieser letzte Begriff keinen absoluten Wertbegriff darstellen, es ist dies eigentlich nicht ein Gut an sich, sondern nur ein Mittel, Güter erwerben zu können. Für den einen

kann es einen hohen wirtschaftlichen Wert haben, für den anderen bedeutet es garnichts, je nachdem es jeder wirtschaftlich verwerten oder gebrauchen kann. Aber deshalb wird auch bei ihm sich das Bedürfnis herausstellen, daß der, der mit ihm nichts anfangen kann oder will, es einem anderen überträgt, der aus ihm enormen wirtschaftlichen Vorteil zu ziehen im Stande ist. Denn daß ein Geheimnis leicht von einem auf einen anderen übertragen und somit Gegenstand eines Vertrages sein kann, das ist ohne Weiteres klar und bedarf keiner weiteren Erörterung. Nicht so selbstverständlich ist dieses bei den zuerst angeführten Gütern. Hier wird man sich fragen müssen, ist es denn überhaupt möglich, ein derartiges Gut, das sich als ein rein tatsächliches, keineswegs irgendwie zu bindendes Verhältnis zwischen einer einzelnen Person und einer Zahl anderer Personen darstellt, ein Verhältnis, das gleichsam an die Person des Einzelnen geknüpft zu sein scheint, von dieser Person zu trennen und auf andere zu übertragen? Die Praxis hat uns gezeigt, daß es, wenigstens zum Teil, möglich ist. Allein eine solche Übertragung wird sich im Allgemeinen nicht so einfach gestalten, wie die Übertragung einer Sache oder eines Rechtes. Da es schon für den Inhaber einer Kundschaft nicht möglich ist, dieselbe auch nur für seine Person irgendwie zu binden, wie viel schwerer wird es für ihn sein, dieselbe auf seinen Nachfolger überzuleiten, besonders da, wo es sich nicht um Sachen, sondern um persönliche Dienste handelt, die die Kunden begehren. Dem Kunden eines Handelsgeschäftes wird es ja im Allgemeinen gleichgültig sein, ob der Inhaber des Geschäftes derselbe bleibt oder nicht; wird er in gleicher Weise gut bedient wie früher, so wird er auch wieder dorthin zurückkehren. Anders dort, wo sich die Kundschaft auf persönliche Leistungen bezieht, wie z. B. beim Handwerker, Arzt oder Anwalt. Hier ist die Kundschaft mehr auf das Vertrauen aufgebaut, das die Einzelnen auf die persönlichen Fähigkeiten des Inhabers setzen, und dieses Vertrauen auf einen Nachfolger über-

zuleiten ist schwieriger; allein auch dieses ist nicht unmöglich.

Nach welchen rechtlichen Gesichtspunkten wird man nun eine solche Übertragung beurteilen; besonders dann, wenn derjenige, der ein solches Gut auf einen andern überträgt, sich, wie dies in der Praxis regelmäßig zu geschehen pflegt, auch dafür von einem anderen durch eine Summe Geldes entschädigen läßt? Diese Frage zu beantworten ist für den Juristen von großer Wichtigkeit; denn wenn ihm ein derartiger Vertrag über entgeltliche Veräußerung derartiger Güter in der Praxis begegnet, muß er wissen, welchen rechtlichen Grundsätzen er ihn zu unterstellen hat. Der Untersuchung nach der juristischen Natur dieses Vertrages soll deshalb auch der erste Teil dieser Arbeit gewidmet sein.

Wenn ich eben von einer „entgeltlichen Veräußerung" derartiger Güter sprach, so möchte ich gleich feststellen, daß dieser Ausdruck eigentlich nicht ganz korrekt gebraucht war. Denn von einer „Veräußerung" im strengen juristischen Sinne kann meiner Ansicht nach hier nicht die Rede sein; bei einer Veräußerung im eigentlichen Sinne muß das veräußerte Gut immer dasselbe bleiben, sodaß der Person des neuen Erwerbers die gleiche Genußsphäre offen bleibt wie der seines Vorgängers. Das ist aber hier keineswegs der Fall; doch darauf werde ich noch später zurückkommen. Der Einfachheit halber soll aber im Folgenden der Ausdruck „Veräußerung" beibehalten werden.

Unser Bürgerliches Gesetzbuch selbst gibt uns nun keine Bestimmungen darüber, welchen Grundsätzen Verträge über derartige Güter zu subsumieren sind; die Begriffe Kundschaft, Praxis, Geheimnis sind überhaupt nicht erwähnt, sodaß die Frage nicht ganz unberechtigt ist, ob denn das B. G. B. derartigen Veräußerungsverträgen überhaupt rechtlichen Schutz angedeihen lassen wollte oder nicht. Doch würde, nähme man das letztere an, dies dem unsere ganze Rechtsordnung durchziehenden Grundsatze der bindenden Kraft des geschlossenen Vertrages direkt

widersprechen. Zudem hat sich unsere Gesetzgebung gerade in letzter Zeit mit Gütern dieser Art beschäftigt und ihnen einen besonderen strafrechtlichen Schutz angedeihen lassen; so besonders in dem Gesetz über unlauteren Wettbewerb vom 7. Juni 1909, indem sie hier dem Besitzer der Kundschaft eines Handelsgeschäftes gegen gewisse unlautere und betrügerische Manipulationen seiner Konkurrenten durch Verbote und Gewährung von Schadensersatzansprüchen geschützt hat; aber darüber, nach welchen Grundsätzen bei der Veräußerung eines solchen Gutes zu verfahren ist, finden wir nirgends positive Gesetzesbestimmungen.

Wenn sich nun bisher, trotzdem doch die Veräußerung von Kundschaften ein sehr häufig vorkommendes Geschäft unseres Wirtschaftslebens bildet, dieser Mangel noch nicht in dem Umfange wie man denken sollte, gezeigt hat, so liegt das meiner Ansicht nach in erster Linie daran, daß fast alle unserer Handelsgeschäfte eine Firma besitzen, und daß auf dem Umwege der Veräußerung der Firma eben die Veräußerung der Kundschaft bewerkstelligt wird. Denn die Firma ist als selbständiges Recht, das einer Person zusteht, vom Gesetze anerkannt, und kann auch wie jedes andere Recht, allerdings nur mit dem Handelsgeschäft zusammen, veräußert werden. § 17 H. G. B. definiert die Firma als den Namen, unter dem ein Kaufmann im Handel seine Geschäfte betreibt und seine Unterschrift abgibt. In diesem Namen der Firma ist nun die ganze Kundschaft eines Handelsgeschäftes enthalten. Wie bei einer Kundschaft, die sich auf persönliche Leistungen des Inhabers bezieht, die Kundschaft an die Person des Inhabers gebunden erscheint, so erscheint sie bei einer auf Sachen bezüglichen Kundschaft eines Handelsgeschäftes von der Person des Inhabers gleichsam losgelöst und mit der Firma verbunden, und ein Geschäft mit Firma veräußern, heißt nichts anderes, als ein Geschäft mit Kundschaft veräußern. Die ganze Kundschaft, durch die der wirtschaftliche Wert eines Geschäftes in allererster Linie bestimmt wird, ist an die

Firma geknüpft, der augenblickliche Inhaber der Firma wird den meisten Kunden, besonders bei großen Betrieben, höchst gleichgültig sein, sie werden oft garnicht wissen, wer der derzeitige Inhaber der Firma ist und ob der frühere Inhaber sein Geschäft verkauft hat. Hier also wird bewußt oder unbewußt mit der Firma auch stets die Kundschaft veräußert, und der Wert und die Größe der Kundschaft werden in dem Preise, den der Käufer für das Recht, die Firma weiterzuführen, zahlt, ihren entsprechenden Ausdruck finden. Ein besonderer Verkauf der Kundschaft wird sich also beim Verkauf von Handelsgeschäften mit Firma regelmäßig erübrigen und deswegen werden die Gerichte trotz der großen Anzahl derartiger Geschäfte, selten in die Lage kommen, sich mit dem Wesen solcher Verträge genauer zu befassen. Anders ist es dann, wenn eine Firma nicht mitveräußert wird, wie dies z. B. stets bei der Veräußerung einer Ärzte- und Anwaltspraxis der Fall ist. Aber auch in diesem Falle haben sich die Gerichte mit dem rechtlichen Wesen dieser Verträge noch nicht genauer befaßt, und zwar aus dem Grunde, weil dieselben der herrschenden Praxis des Reichsgerichts gemäß bisher meist als unsittlich und deshalb als nichtig betrachtet worden sind.

Auch solche Verträge, deren Objekt also lediglich die Kundschft ist, werden im Allgemeinen als Kauf bezeichnet. Wir haben uns im Sprachgebrauch des täglichen Lebens überhaupt daran gewöhnt, fast jeden Vertrag, in dem für Handlungen oder Unterlassungen von demjenigen, welchem sie zum Vorteil gereichen, ein Entgelt gewährt wird, als Kauf zu bezeichnen, spricht doch sogar unser St. G. B. vom Kauf einer Wahlstimme (§ 109 St. G. B.). Auch das Reichsgericht bezeichnet in seinen Entscheidungen einen solchen Vertrag über eine Praxis, ohne ihn seinem rechtlichen Kern nach näher untersucht zu haben, vermutlich auch der gewöhnlichen Weise des täglichen Sprachgebrauchs folgend, als Kauf und die Praxis als Kaufgegenstand.*)

*) vergl. juristische Wochenschrift 1907 S. 474 und 475.

Mit Recht macht Pisko (Das Unternehmen als Gegenstand des Rechtsverkehrs, Wien 1907 S. 89 Anm. 4) dagegen geltend, daß dadurch die Unterscheidung zwischen Verträgen auf Ueberlassung von Vermögensobjekten und Verträgen auf Bewirkung von Handlungen und Unterlassungen völlig verwischt werde. Auch in der juristischen Literatur wird diese Grenzlinie nicht immer streng genug beobachtet. Grade der Streit um das Wesen des Vertrages über entgeltliche Veräußerung der Kundschaft bietet meiner Ansicht nach hierfür ein Beispiel.

Um nun in diesem Streit eine kritische Stellung einzunehmen, wird es zweckmäßig sein, zuvor die Gesetzesbestimmung über den Kauf und den Stand der Literatur und Rechtsprechung über diese Frage näher zu betrachten.

B. G. B. § 433 lautet: „durch den Kaufvertrag wird der Verkäufer einer Sache verpflichtet, dem Käufer die Sache zu übergeben, und das Eigentum an der Sache zu verschaffen. Der Verkäufer eines Rechts ist verpflichtet, dem Käufer das Recht zu verschaffen und wenn das Recht zum Besitz einer Sache berechtigt, die Sache zu übergeben.

Der Käufer ist verpflichtet, dem Verkäufer den vereinbarten Kaufpreis zu bezahlen und die gekaufte Sache abzunehmen."

Es ist hier lediglich von dem Kauf einer Sache oder eines Rechtes gesprochen. Sachen im Sinne des B. G. B. sind nur körperliche Gegenstände,*) eine Kundschaft kann folglich unmöglich eine Sache sein; ebenso wenig aber charakterisiert sie sich als ein Recht. Seitdem durch die moderne Gesetzgebung die Zwangs- und Bannrechte abgeschafft sind, hat die Kundschaft aufgehört ein Recht zu sein. Mit wenigen Ausnahmen**) hat heute niemand das Recht, von einem anderen verlangen zu dürfen, daß er seinen Bedarf gerade bei ihm befriedigt und somit sein Kunde ist.

*) vergl. B. G. B. § 90.

**) vergl. z. B. das Postregal des Staates. Die Tabakmonopole in Oesterreich, Italien und den meisten Balkanstaaten.

Zu den im Gesetz angeführten Kaufobjekten gehört also eine Kundschaft nicht, ebensowenig wie ein Geheimnis; denn auch letzteres kann naturgemäß weder als Sache noch als Recht angesehen werden. Die Streitfrage ist nun, ob das Gesetz den Kreis der Dinge, die Gegenstand des Kaufvertrages sein können im § 433 B. G. B. hat abschließlich regeln wollen, oder ob es Sachen und Rechte nur als die hauptsächlichsten Objekte des Kaufvertrages anführt, ohne andere davon auszuschließen, sodaß also auch wirtschaftliche Güter der eben erwähnten Art als gültige Kaufobjekte in Betracht kämen, und ihre Veräußerung den Grundsätzen des B. G. B. über den Kauf zu unterstellen wäre.

Unsere Rechtsprechung hat zu dieser Frage noch fast gar keine Stellung genommen; anders die Literatur, in der sich hierüber ein heftiger Zwist entwickelt hat.

Während nämlich die einen Schriftsteller aus B. G. B. § 433 folgern zu müssen glauben, daß Sachen und Rechte auch die einzigen Kaufobjekte bilden, wollen andere durch § 433 keine Schranke hinsichtlich der Kaufobjekte gezogen wissen; eine dritte Meinung wiederum nimmt eine zwischen diesen beiden Ansichten vermittelnde Stellung ein.

Die erstere Ansicht vertritt besonders Endemann; er schreibt in seinem Lehrbuch des bürgerlichen Rechts:*) „Das B. G. B. behandelt im Einzelnen nur den Kauf von Rechten und von körperlichen Sachen. Damit ist nicht gesagt, daß ausschließlich diese Gegenstände als Kaufobjekte angesehen werden dürfen. Sie sind es kraft Gesetzes-Vorschrift, für andere Güter wird der Nachweis im Einzelnen zu führen sein, daß sie nach der Verkehrsanschauung die Anerkennung als übertragbare und gegen Entgelt veräußerliche Rechtsgüter finden. Das wird zutreffen auf den Kauf von Adressen, eines Kundschaftsverzeichnisses, eines Herstellungsrezeptes für Honigkuchenfabriken, eines Geschäfts- oder Fabrikationsgeheimnisses, einer Zeitung, einer ärztlichen Praxis usw.“

*) a. a. O. § 163 S. 1020.

Die gleiche Ansicht vertritt auch Kober in Staudingers Kommentar in einer Anmerkung zu § 433: „Nicht ausgeschlossen ist es," heißt es dort, „daß durch Parteiwillen noch andere Werte einem Kaufvertrag unterstellt werden, wie z. B. die Befreiung von einer dinglichen oder persönlichen Last, ein Geheimnis, eine Kundschaft," und auch Cosack lehrt in seinem Lehrbuch des bürgerlichen Rechts[1]) „Gegenstand des Kaufes kann jedes wirtschaftliche Gut sein, dessen Uebertragung auf den Käufer möglich ist. Die wichtigsten Kaufgegenstände sind die Sachen; daneben kommen auch unkörperliche Güter als Kaufgegenstände vor, vor allem Rechte, aber auch Nicht-Rechte, z. B. die Praxis eines Arztes, eine nicht patentierte Erfindung, ein Geschäftsgeheimnis. Die gleiche Meinung vertritt auch Kohler,[2]) der ebenfalls die Gegenstände des Kaufes nicht auf Sachen und Rechte beschränkt wissen will und als gültiges Kaufobjekt z. B. die Praxis erwähnt. Er fügt allerdings hinzu, soweit ihre Veräußerung überhaupt statthaft ist, was im Allgemeinen bei einer Berufspraxis, z. B. einer anwaltlichen und ärztlichen nicht anzunehmen ist (vergl. hierüber unten).

Dem gegenüber stehen die Ansichten anderer bedeutender Juristen wie Eck und Leonhard[3]) und Düringer und Hachenburg,[4]) die als gültige Kaufobjekte eben nur Sachen und Rechte ansehen wollen. Letztere wenden sich mit Entschiedenheit gegen die Ansicht, daß es sich bei der Veräußerung von Gütern, die sich nicht als Sachen oder Rechte charakterisieren, um Kaufverträge handeln könne, so daß z. B. die Grundsätze über Gewährleistung wegen Mängel etc. schlechthin auf solche Verträge Anwendung finden könnten. „Man spricht von dem Kauf einer Kundschaft, eines Absatzgebietes, einer Praxis", so führen Düringer und Hachenburg in ihrem H. G. B. aus,

[1]) Band I § 121 S. 411.
[2]) Kohler B. G. B. Bd. II § 114, S. 294.
[3]) vergl. Vorträge z. B. G. B. Bd. I; § 37 S. 435.
[4]) vergl. Handels-Gesetz-Buch Bd. III, S. 5.

„aber diese Ausdrucksweise ist ungenau. Es liegt kein Kaufvertrag vor, weil weder ein Recht noch eine Sache Kaufgegenstand ist. Nur insofern wirkliche Rechte dabei in Frage stehen, z. B. Ansprüche aus fest geschlossenen Lieferungsverträgen, kann von einem Kauf die Rede sein. Eine Gewährleistung nach den Regeln der §§ 459 ff. B. G. B. findet nicht statt. Der Veräußerer haftet daher für die Richtigkeit seiner Angaben nicht schlechthin, sondern nur, insofern ihn dabei ein Verschulden trifft. Ebenso ungenau ist es, von dem Kauf eines Geschäftes oder Fabrikationsgeheimnisses zu reden, sofern nicht etwa für dasselbe besondere Schutzrechte tatsächlich begründet und der eigentliche Kaufgegenstand sind. Meistens wird es sich in diesen Fällen um Dienst- oder Werkverträge handeln.*)

Die dritte Ansicht nimmt, wie schon erwähnt, zwischen den bisher vorgetragenen Meinungen eine Mittelstellung ein. Sie hält ebenso wie die zuletzt angeführten Schriftsteller an dem Grundsatz fest daß als Objekte für einen Kauf im strengen juristischen Sinne nur Sachen und Rechte in Betracht kommen. Aber sie will dann eben Verträge über Nichtsachen und Nichtrechte als kaufähnliche Verträge behandeln und die Vorschriften des Kaufs analog auf dieselben anwenden. So lehrt z. B. Dernburg:**) „es gibt auch Güter anderer Art, welche im Verkehr gegen Entgelt veräußert werden, z. B. nicht patentierte Erfindungen, geheime Heilmittel, der Kundenkreis eines Gewerbetreibenden, eines Arztes. Die Rechtssätze des Kaufs sind, soweit sie auf solche Geschäfte passen, auf dieselben entsprechend anzuwenden.“ Auch Plank schreibt in seinem Kommentar zu § 433: „Als Gegenstände des Kaufs erwähnt der § 433 nur Sachen und Rechte. Für den Kauf anderer Gegenstände, z. B. eines Geheimnisses, einer Kundschaft, einer ärztlichen Praxis, der Befreiung von einer Last, sind die gesetzlichen Vorschriften daher nicht unmittelbar anwendbar, ihre entsprechende Anwendung ist damit aber keineswegs

*) ebenso Bechmann „Die Lehre vom Kauf“, Bd. II, S. 140.
**) vergl. Dernburg „Bürgerl. Recht“ Bd. II, S. 6.

ausgeschlossen, soweit sie dem in erster Linie maßgebenden Parteiwillen entspricht."

Wenn wir uns die verschiedenen in der Literatur aufgestellten Ansichten über diesen Streitpunkt betrachten, so muß uns auffallen, daß fast kein Schriftsteller seine aufgestellten Thesen mit Gründen zu belegen versucht hat. Es ist deshalb schwer, sich einer bestimmten Ansicht hier anzuschließen, da man die Gründe, die die Einzelnen zu ihrer Meinung geführt haben, nicht gegen einander abzuwägen imstande ist. Ich möchte mich aber trotzdem der Ansicht anschließen, daß als Gegenstand des Kaufes nur Sachen und Rechte in Betracht kommen können, oder richtiger noch, daß nur das Eigentum und die sonstigen Rechte als Kaufobjekte möglich sind. Das geht meines Erachtens aus § 433 B. G. B. ganz deutlich hervor und ich sehe keinen Grund, die überaus klare Bestimmung dieser Paragraphen anders zu deuten. Wir kommen sonst dahin, wovor schon oben gewarnt ist, fast jeden entgeltlichen Vertrag als Kauf anzusehen. Bei näherer Betrachtung werden wir auch stets finden, daß sich solche Verträge über Nichtsachen und Nichtrechte ihrem Wesen nach als ganz andere Verträge wie Kaufverträge darstellen, daß die Verpflichtungen der beiden Kontrahenten hier ganz andere sind, als beim Kaufvertrag. Ob dies stets soweit geht, daß selbst eine analoge Anwendung der Kaufbestimmungen bei der Veräußerung dieser Güter ausgeschlossen ist, das wird man allerdings in jedem einzelnen Falle nach der Natur dieser Güter besonders prüfen müssen. Im Folgenden werde ich bei der entgeltlichen Übertragung der von uns behandelten Güter (Kundschaft, Praxis, Geheimnis) näher ausführen, daß, wenn man den Inhalt dieser Verträge genauer betrachtet, man erkennen wird, daß sie mit Kaufverträgen sogut wie gar keine Ähnlichkeit haben, so daß bei ihnen jedenfalls auch eine solche analoge Anwendung der Kaufbestimmungen nicht stattfinden kann.

Vorausschicken möchte ich noch, daß die folgenden Ausführungen nur für den Fall bestimmt sind, daß diese

Güter zum selbständigen Objekt eines bestimmten Vertrages gemacht sind, gleichgültig allerdings, ob sie einen alleinstehenden selbständigen Vertrag für sich bilden, oder ob sich der über sie geschlossene Vertrag gewissermaßen nur an einen anderen Vertrag, z. B. einen Kaufvertrag über einen realen Gegenstand, anlehnt; denn auch, wenn diese Vertäge nur als Nebenverträge zu einem anderen Hauptvertrag anzusehen sind, so gehen sie doch trotzdem nicht in dem Hauptvertrage auf, sondern behalten rechtlich ihr eigenes juristisches Gepräge, das von dem des Hauptvertrages durchaus verschieden sein kann. Etwas anderes ist es, wenn ein selbständiger Vertrag über diese Güter überhaupt nicht eingegangen ist, wenn ihre Uebertragung aber trotzdem in einem anderen Veräußerungsvertrage stillschweigend mitinbegriffen ist. So werden z. B. in der Praxis häufig Kaufverträge über Grundstücke, in denen sich früher Handelsgeschäfte oder Anwalts- und Doktorenwohnungen befanden, geschlossen, und bei der Veräußerung dieser Grundstücke wird der Umstand, daß mit solchem Hause eine Kundschaft oder Praxis verbunden war, durch eine entsprechende Erhöhung des Kaufpreises ausgedrückt. Es ist nämlich ohne Frage, daß die Größe einer Kundschaft zum Teil durch die Lage der Handelsniederlassung, des Büros oder der Wohnung des betreffenden Inhabers bestimmt wird, sodaß, selbst wenn der Inhaber des betreffenden Büros oder Geschäftes wechseln sollte, doch eine gewisse Anzahl Kunden dem neuen Inhaber der alten Räume erhalten bleiben wird, daß die Praxis oder Kundschaft also gewissermaßen an einem bestimmten Hause „klebt.“*) Wenn also nun der Eigentümer eines solchen Hauses, unter Benutzung des eben erwähnten Erfahrungssatzes, ein solches Haus mit einer ihm anhaftenden Praxis oder Kundschaft an einen anderen für einen den gewöhnlichen Wert des Hauses übersteigenden Preis verkaufen würde, so ist ein solcher Vertrag doch nur als ein Vertrag und zwar als ein reiner

*) vergl. Entsch. d. R. G. v. 18. VI. 1907.

Kaufvertrag über eine bestimmte Sache anzusehen, und der höhere Preis, der wegen der dem Hause anhaftenden Kundschaft gezahlt ist, ist gewissermaßen nur als Liebhaberpreis zu betrachten; denn die dem Hause anhaftende Kundschaft ist hier gleichsam als ein „Zubehör" des Hauses anzusehen, das die Schicksale der Hauptsache im Zweifel teilen muß, und in der Veräußerung des Hauses ist damit zugleich die Veräußerung der Praxis, soweit sie durch die Lage des Hauses bestimmt wird, mit einbegriffen. Natürlich entstehen aus einem solchen Vertrage auch nicht die gegenseitigen Rechte und Pflichten, wie sie aus einem selbständigen Veräußerungsvertrage eines solchen Guts entstehen würden. Es läßt sich aber auch sehr wohl denken, daß die Parteien neben dem Kaufvertrage über das mit der Praxis verbundene Haus noch einen besonderen Veräußerungsvertrag über die Kundschaft schließen, und dies wird sogar in der Praxis der häufigste Fall sein. Dieser Vertrag, auch wenn er von den Parteien vielleicht nur als Nebenvertrag zu dem eigentlichen Kaufvertrage gewollt ist, behält aber, wie oben schon erwähnt, seinen selbständigen rechtlichen Charakter, ohne in dem Hauptvertrage aufzugehen, und auf ihn müssen deshalb die Grundsätze, die unten noch über derartige Verträge entwickelt werden sollen, ihre Anwendung finden.

Kommen wir jetzt auf unseren Ausgangspunkt zurück und wenden den oben aufgestellten Grundsatz über die gültigen Kaufgegenstände auf unsere Verträge an, so müssen wir zunächst feststellen, daß es sich bei der Übertragung derartiger Güter um Kaufverträge im strengen juristischen Sinne niemals handeln kann, weil sich diese Güter nicht als Rechte darstellen, und weil sich auch Eigentum an ihnen nicht denken läßt; denn Eigentum im juristischen Sinne ist nur an einer Sache möglich.

Aber auch diejenigen gehen meiner Ansicht nach fehl, wie oben schon gesagt, die in solchen Verträgen kaufähnliche Geschäfte erblicken und die Kaufgrundsätze analog auf dieselben anwenden wollen.

Auf den ersten Blick läßt sich ja allerdings eine gewisse Ähnlichkeit derartiger Verträge mit richtigen Kaufverträgen nicht leugnen; wie bei diesen eine Sache oder ein Recht, so wird bei jenen eben ein anderes Gut dem Käufer gegen Entgelt veräußert. Aber ich habe oben erwähnt, daß es sich eben hierbei nie um eine richtige „Veräußerung", die doch den wirtschaftlichen Kernpunkt des Kaufvertrages bildet, handeln kann, und diese Erwägung hält mich auch davon zurück, kaufähnliche Verträge in solchen Vereinbarungen zu finden. Wie oben schon ausgeführt, gehört es meines Erachtens zum Wesen der Veräußerung, daß man ein Gut, so wie man es selbst besessen hat, auf einen anderen überträgt, daß man dem anderen dieselbe Genußsphäre verschafft, die man selbst besessen hat. Davon kann doch nun hier, wenigstens bei der Veräußerung von Kundschaft und Praxis gar keine Rede sein; hier ist es eben so, daß man sich eines Gutes begibt, um einem anderen die Möglichkeit zu gewähren, zwar nicht dasselbe (denn das Gut geht unter in dem Augenblick, in dem ich es von meiner Person trenne) aber ein diesem ähnliches zu erwerben. Ich kann mich doch auch in einem solchen Vertrage gar nicht verpflichten, meinem Gegen-Kontrahenten das veräußerte Gut genau so, wie ich es besessen habe, zu verschaffen; denn über irgend welchen bestimmten Einfluß bei meinen Kunden verfüge ich garnicht. Selbst wenn auch, wie z. B. in kleinen Städten, nur ein Geschäft dieser Art, nur ein Anwalt oder Arzt am Platze sein sollte, so steht doch auch hier den Kunden jederzeit die freie Wahl zu, sie können ebenso von jetzt an in einer Nachbarstadt bei einem dortigen Arzt oder Rechtsanwalt oder in einem dortigen Geschäft ihre Bedürfnisse befriedigen. Ich kann mich in einem solchen Vertrage eben nur verpflichten, mir alle Mühe zu geben, meinem Vertragsgegner dieses Gut erlangen zu lassen, aber dazu, daß mir dies auch wirklich gelingt, kann ich mich keineswegs verpflichten, weil es garnicht in meiner Gewalt steht und weil ich garnicht über meine Kunden irgendwie verfügen kann.

So wie ich es eben geschildert habe, sieht meines Erachtens der innerste Kern eines solchen Überlassungsvertrages aus, und eine Ähnlichkeit dieses Vertrages mit einem Kaufvertrage vermag ich nicht zu finden.

Aber bei einem „Kaufvertrage“ über ein Geheimnis bleibt doch das Gut, das ich dem anderen veräußere, nämlich das Geheimnis, dasselbe, könnte man einwenden. Das ist ja allerdings richtig. Aber auch bei derartigen Verträgen kann von einer „Veräußerung“ insofern keine Rede sein, als ich ja das Gut, das ich veräußere, selbst gar nicht verliere; wenn ich einem anderen ein Geheimnis mitteile, so bleibe ich doch immer noch Mitwisser dieses Geheimnisses, mein „Eigentum“, wenn ich diesen Ausdruck gebrauchen will, an dem Geheimnis kann ich doch nie los werden. Ich könnte höchstens in einem solchen Vertrage die obligatorische Verpflichtung eingehen, mich dieses „Eigentums“ nicht bedienen zu wollen und mich für den Fall des Zuwiderhandelns zu einer Vertragsstrafe verpflichten, aber mich des „Eigentums“ an diesem Geheimnis entäußern, kann ich niemals. Also auch in einem solchen Vertrage kann ich keine Ähnlichkeit mit einem Kaufvertrage erblicken, geschweige denn einen Kaufvertrag selbst. Obendrein passen die Vorschriften über den Kauf absolut nicht für jene Verträge. Man denke nur an die §§ über „Übergang der Gefahr“ oder die über „Wandelung und Minderung.“

Nun haben einige Schriftsteller, wenigstens für den Verkauf einer Kundschaft und Praxis den Umweg über den Hoffnungskauf gemacht, haben gesagt, es handele sich bei derartigen Verträgen um den Verkauf einer Gewinnchance, und die Grundsätze vom Kauf seien auf die sogenannte emptio spei, wie schon aus den Quellen ersichtlich, analog anzuwenden. So schreibt Kuhlenbeck,*) „daß der Kauf einer ärztlichen oder anwaltlichen Praxis

*) Jur. Wochenschr. Jahrg. 1902 S. 646, ebenso Fromme: Die entgeltliche Übertragung ärztlicher Praxis, welches Rechtsgeschäfts?

kein Kaufgeschäft im Sinne des B. G. B. ist, da das Erfordernis einer Sache oder eines Rechtes fehlt, ist zweifellos. Meines Erachtens handelt es sich um eine emptio spei im Sinne des römischen Rechts. Es werden so zu sagen ungefangene Fische, eine Gewinnchance verkauft. Allein der Umstand, daß das B. G. B. die emptio spei nicht unter den Kauf stellt und überhaupt nicht geregelt hat, schließt an sich die Rechtsgültigkeit eines solchen Rechtsgeschäftes nicht aus. Das Privatrecht ist im großen und ganzen rein dispositiver Natur, und das Leben zeitigt zahllose besonders auch typische Rechtsgeschäfte, welche im kodifizierten Recht nicht dispositiv geregelt sind, die aber der Richter gleichwohl auf Grund des Grundsatzes der bindenden Kraft des Vertrages zu respektieren hat. Er ist dabei für die Beurteilung auch dann auf die Rechts-Analogie angewiesen, wenn ihn das Gesetz nicht ausdrücklich darauf verweist. Ich stehe nun nicht an, die entsprechende Anwendung der Grundsätze vom Kauf auch auf die emptio spei zu bejahen."

Es wäre also jetzt die Frage näher zu prüfen, ob es denn wirklich möglich ist, die Grundsätze über den Kauf auf die sogenannte emptio spei analog anzuwenden. Aus den Worten des Pomponius:*) „Aliquando tamen et sine re venditio intelligitur, veluti quum quasi alea emitur" glaubt nämlich die herrschende Meinung schließen zu müssen, daß die Römer als Gegenstand des Kaufes die alea oder spes, d. h. also die Gewinnchance kannten, und da nun unser B. G. B. keine Vorschriften über den Hoffnungskauf enthält, so folgert sie weiter, daß die römischen Vorschriften über die emptio spei auch ohne Weiteres jetzt noch Anwendung finden, d. h. daß auch unser B. G. B. die Hoffnung als gültiges Kaufobjekt betrachtet. Unterstützt wird diese Ansicht noch durch eine Stelle aus den Motiven zum B. G. B.**) in der das Fehlen

*) l. 8. § 1 D. 18. 1.

**) Motive zu dem Entwurfe eines bürgerlichen Gesetzbuches für das dt. Reich. Bd. II, S. 320.

von Bestimmungen über den Hoffnungskauf damit begründet wird, „daß derartige Verträge nach allgemeinen bezw. nach den für den Kaufvertrag geltenden Bestimmungen zu beurteilen sind.“ Allerdings fahren die Motive fort: „das juristische Wesen dieser Verträge als gewagter Geschäfte bedingt auch die Anwendung anderer Rechtsnormen, und in dieser Richtung sind durchgreifende allgemeine Bestimmungen nicht angängig.“

Ich habe oben schon ausgeführt, daß ich als Kaufvertrag im Sinne des B. G. B. nur einen Vertrag ansehe, in dem sich der eine Teil verpflichtet einem anderen Eigentum zu verschaffen, und daß man an einem rein abstrakten Begriffe, wie z. B. die Hoffnung, weder Eigentum oder ein Analogon desselben haben noch auch einem anderen ein solches verschaffen kann.[1]) Daraus ist zu folgern, daß ich in einem Vertrage, dessen Objekt die bloße Chance oder Hoffnung sein soll, – ohne übrigens die Gültigkeit eines solchen Vertrages anzweifeln zu wollen – niemals einen Kaufvertrag noch auch nur ein dem ähnliches Rechtsgeschäft erblicken kann.

Gegen die Anschauung nun, daß beim sogenannten Hoffnungskauf die Hoffnung selbst als Objekt des Vertrages zu betrachten ist, sind in letzter Zeit allerdings besonders Bechmann[2]) und Endemann[3]) aufgetreten; sie sehen nicht die spes sondern die dahinter stehende Sache als Kaufobjekt an, und den Einwand, daß bei einem solchen Kaufvertrage, dann, wenn überhaupt keine Sachen zum Entstehen gelangen, auch kein Kaufobjekt vorhanden sei, begegnet Bechmann damit, daß er den Hoffnungskauf als einen bezüglich der Gewinnung der Sache bedingten Kauf, bei dem der Käufer die Gefahr der Vereitelung der Bedingung trage, bezeichnet. Mag diese Konstruktion auch

[1]) vergl. Endemann, Lehrb. des B. G. B. S. 933: Es ist klar, daß die Hoffnung als seelischer Effekt vom Verkäufer auf den Käufer nicht hinüber geleitet werden kann.

[2]) a. a. O. S. 142 ff.

[3]) Grünhut's Zeitschrift Bd. XII S. 345.

etwas geschraubt erscheinen, mit ihrer Hilfe könnte man schließlich noch dazu kommen, in einem solchen Vertrage einen Kauf oder wenigstens einen kaufähnlichen Vertrag zu erblicken. Ich selbst möchte zwar trotzdem nicht anstehen, die ganze Lehre vom Hoffnungskauf, wenigstens für unser heutiges Recht zu verwerfen. Daß es sich übrigens auch bei den in den Quellen angeführten Beispielen einer emptio spei nie um einen einheitlichen Kaufvertrag gehandelt haben kann, ersieht man dann ganz deutlich, wenn man die Verpflichtungen des sogenannten Verkäufers aus einem solchen Vertrage näher betrachtet. Drei Beispiele für eine solche emptio spei sind in den Quellen angeführt, captum piscium vel avium vel missilium; fragen wir uns nun, was zunächst die Pflichten des sogenannten Verkäufers sind, so werden wir finden, daß der Verkäufer zunächst und hauptsächlich durch einen solchen Vertrag verpflichtet ist, eine bestimmte Tätigkeit zu entfalten, sei es Netze oder Schlingen auszuwerfen, oder in den Zirkus zu gehen und Geldstücke aufzulesen. Es ist also ohne Frage, daß gerade bei diesen in den Quellen angeführten Stellen sich ein solcher Vertrag aus Dienstmiete und aus Kauf zusammensetzt, denn daß durch einen bloßen Kaufvertrag jemand zur Leistung von Diensten verpflichtet werden soll, wird wohl kaum jemand behaupten wollen. Nach heutigem Recht würde ich einen derartigen Vertrag als reinen Dienstvertrag ansehen, durch den sich jemand verpflichtet, eine bestimmte Tätigkeit zur Gewinnung von Sachen für einen Anderen zu entfalten, und ich würde annehmen, daß er dabei als unmittelbarer Stellvertreter des Anderen handele, sodaß die Sachen direkt Eigentum des Dienstherrn würden, eine Konstruktion, die ja allerdings wegen des Fehlens der direkten Stellvertretung für das römische Recht nicht anwendbar wäre.

Ich hatte also ausgeführt, daß, wenn man beim sogenannten Hoffnungskauf nicht die Hoffnung, sondern die dahinter stehenden Sachen als Kaufobjekt betrachtet, man ja schließlich in einem solchen Vertrage einen Kauf oder

ein Analagon desselben erblicken könnte. Betrachten wir nun einmal von diesem Gesichtspunkt aus den „Kauf" einer Kundschaft oder Praxis. Stehen nun hinter der Hoffnung beim Kauf dieser Güter überhaupt Sachen oder auch Rechte, also nach B. G. B. gültige Kaufobjekte? Ich glaube nicht. Die Objekte dieser Hoffnung sind hier nicht Fische, Vögel oder Geldstücke, sondern Kunden, Patienten, d. h. Leute, die mit mir Verträge abschließen wollen, sei es Kauf- oder Dienstverträge. Daß diese Verträge mir eventl. vorteilhaft seien und mir Geld einbringen können, ist eine Sache für sich; dieses Geld, das ich durch diese Verträge möglicherweise verdiene, als Kaufobjekt ansehen zu wollen, ist wohl auch nicht gut angängig, zumal da ja Geld, es sei denn, daß es sich um bestimmte Geldstücke handelt, (wie beim missilium) überhaupt nicht als gültiges Kaufobjekt betrachtet wird. Wenn man sich also selbst der Bechmann'schen Konstruktion des Hoffnungskaufs anschließen wollte, — was ich übrigens nicht gerade tun möchte — so könnte man trotzdem in einem Vertrage über eine Kundschaft oder Praxis keinen Kaufvertrag erblicken, da sich auch hinter der Hoffnung hier kein gültiges Kaufobjekt verbirgt.

Die Frage also, ob man in einem Vertrage über Güter dieser Art einen Kaufvertrag oder einen kaufähnlichen Vertrag erblicken kann, glaube ich nach den vorangegangenen Untersuchungen verneinen zu können, da ein solcher Vertrag, von welchen Gesichtspunkten aus man ihn auch betrachten mag, nicht die dem Kaufvertrage eigentümlichen Wesensmerkmale aufzuweisen vermag.

Unter welche Kategorie von Verträgen soll man nun diese Geschäfte subsumieren? Ich habe in unserer ganzen Rechtsprechung nur ein Urteil gefunden, das sich mit der Frage nach dem Inhalt eines solchen Vertrages näher befaßt. Es ist die Entscheidung des Oberl.-Ger. Zweibrücken in seinem Urteil vom 28. 11. 1900.*) Allerdings wird dort

*) Puchelt: Zeitschrift für deutsches bürgerliches Recht und franz. Zivilrecht, Band 32, S. 166.

nur von der Übertragung einer ärztlichen Praxis gesprochen, doch wird das dort Gesagte gleicher Weise von der Uebertragung jeder Praxis wie Kundschaft gelten müssen. Es wird dort ausgeführt: „Es kann dahingestellt bleiben, ob die Kundschaft eines Arztes Gegenstand eines Kaufvertrages sein kann oder nicht. Daß aber die Vertragsteile den Vertrag als Kaufvertrag im vorliegenden Falle angesehen haben, dafür bietet weder die Vertragsurkunde noch das sonstige Vorbringen der Parteien einen Anhalt. Es kann aber sogar zugegeben werden, daß die Kundschaft eines Arztes als solche kein feststehender greifbarer und übertragbarer Vermögenswert ist, angesichts des Umstandes, daß dieselbe vielfach wechselt, in dem für bisherige Kunden und deren Angehörige die Notwendigkeit ärztlicher Beratung und Hilfeleistung überhaupt nicht mehr einzutreten braucht und weil, wenn ja, den Patienten jederzeit die freie Wahl zusteht.“ Das Oberl.-Ger. erblickt den Gegenstand eines auf die entgeltliche Übertragung einer ärztlichen Praxis gerichteten Vertrages in zwei Dingen, welche als Vermögenswerte anzusehen sind, nämlich einmal darin, daß der Verkäufer dem Käufer ermöglicht, sofort und ohne daß ein anderer Konkurrent Kenntnis erlangt, an dem Ort, an welchem und in der Wohnung, in welcher der Verkäufer bisher eine ärztliche Praxis betrieben hatte, sich niederzulassen, und in die vom Verkäufer hergestellten Beziehungen zu der Bevölkerung einzutreten. „Die Gewerbe-Ordnung gestattet allerdings,“ so fährt das Urteil fort, „jedem Arzte die freie Wahl seiner Niederlassung. Aber es ist unbestreitbar, daß für den Arzt, der ohne Weiteres und unmittelbar in die Verhältnisse und Beziehungen des abgehenden Arztes eintritt, ein wesentlicher Vorsprung geschaffen ist, und daß die Niederlassung eines zweiten neuen Arztes, namentlich in Landbezirken schwer zu erwarten steht.“ Den zweiten Vermögens-Vorteil sieht das Oberl.-Ger. darin, daß der Verkäufer sich mit dem Abschluß eines solchen Vertrages auch verpflichtet habe, dem Käufer keine Konkurrenz zu

machen, daß er sich somit die Möglichkeit abgeschnitten habe, an den Ort seiner früheren Tätigkeit zurückzukehren.

Das Oberl.-Ger. kommt auf Grund dieser seiner Ausführungen zu dem Schluß, daß die entgeltliche Übertragung der ärztlichen Praxis sich als ein unbenannter entgeltlicher Vertrag darstelle, da die Leistungen, welche der seine Praxis aufgebende Arzt für das Entgelt verspreche, in Geld schätzbar seien.

Diese Entscheidung des Oberl.-Ger. ist für uns auch noch wegen anderer dort behandelter Gesichtspunkte, auf die ich später noch zurückkommen werde, höchst bemerkenswert. Dem was dort über den Vermögenswert der Verträge gesagt ist, kann ich mich nur anschließen. Allein dem Schluß des Oberl.-Ger., daß man in solchen Verträgen unbenannte Verträge zu erblicken habe, kann ich nicht beitreten, aus Gründen, die ich unten noch näher erörtern werde.

Diese Konstruktion eines solchen Rechtsgeschäftes als eines unbenannten Vertrages hatte auch schon Bechmann*) versucht. Er steht auf dem Standpunkt, daß hier vom juristischen Kauf keine Rede sein könne. Als Dienstmiete will er aber einen solchen Vertrag auch nicht auffassen, weil ein solcher Vertrag nicht nur eine positive Tätigkeit des Dienstverpflichteten enthalte, sondern eventl. denselben auch zu einem Unterlassen oder Dulden verpflichte, und weil der Dienstvertrag als Inhalt eine positive Tätigkeit voraussetze: „entgeltliches Dulden oder Unterlassen könne aber blos als Analogon des Dienstvertrages aufgefaßt werden, und ein solcher Vertrag stellte sich daher als ein unbenannter Vertrag nach der römischen Formel do ut (ne) facias dar.“

Richtig ist zunächst, daß der Inhalt aller dieser Verträge neben der Verpflichtung des sogenannten Veräußerers zu einem positiven Tun auch die Verpflichtung zu einem Unterlassen bezw. Dulden enthalten wird. Der

*) a. a. O. S. 141.

Arzt, der Anwalt, der seine Praxis veräußert, ebenso wie der Kaufmann, der sein Geschäft mit Kundschaft an einen anderen verkauft, sie werden neben der Verpflichtung zu tun, was verabredet war, oder allgemein was in ihren Kräften steht, um den Übergang der Kunden auf ihren Nachfolger zu veranlassen, durch einen solchen Vertrag auch ohne besondere Abmachung verpflichtet, dem „Käufer" keine Konkurrenz zu machen, indem sie sofort oder später an den früheren Ort ihrer Tätigkeit zurückkehren und ihren alten Beruf dort ausüben. Daß diese Verpflichtung zu einem Unterlassen einem solchen Vertrage ipso jure innewohnt, ist auch von der Rechtsprechung mehrfach anerkannt.*) Für den Verkauf einer ärztlichen Praxis finden wir es z. B. ausgedrückt, in dem eben von mir zitierten Urteil des Oberl.-Ger. Zweibrücken, wo es heißt, „daß der Verkäufer mit der Übernahme dieser Verpflichtung sich die Möglichkeit abgeschnitten habe, in seinen bisherigen Wirkungskreis zurückzukehren," und viel häufiger noch finden wir diesen Satz durch die Rechtsprechung bestätigt, da, wo es sich um die Veräußerung eines Handelsgeschäfts mit Kundschaft handelt. Ich will hier eine Entscheidung des Oberl.-Ger. Colmar**) vom 17. 5. 05. erwähnen, in der diese Frage behandelt ist. Das Oberl.-Ger. kommt zu dem Schluß, daß, wer ein Geschäft einschl. dessen Kundschaft verkauft, auch ohne daß ein ausdrückliches Konkurrenz-Verbot in den Vertrag aufgenommen wird, zur Unterlassung jedes Geschäftsbetriebes verpflichtet ist, der den Übergang der Kundschaft auf den Käufer beeinträchtigen könnte. Der Käufer könne daher auch darauf klagen, daß innerhalb gewisser von ihm näher zu bezeichnenden räumlichen und örtlichen Grenzen, dem Verkäufer untersagt

*) vergl. hierüber auch die sehr interessanten Rechtssprüche der engl. Gerichte und das engl. Recht inbezug auf den Verkauf einer Kundschaft in Goldschmidt's Zeitschrift f. d. ges. Handelsrecht; Bd. 46, S. 289 ff.

**) die Rechtsprechung der Oberlandesgerichte auf dem Gebiete des Civilrechts, herausg. v. Mugdan u. Falkmann. Bd. VII, S. 51.

werde, mit seinen früheren Kunden den gewerbsmäßigen Betrieb der in den Vertragsbereich fallenden Geschäfte fortzusetzen.

Und was hier beim „Verkauf“ von Praxis und Kundschaft gilt, wird in Zweifel auch vom „Verkauf“ eines Geheimnisses gelten müssen. Grade beim Verkauf des letzteren wird man wohl stets anzunehmen haben, daß der Verkäufer durch einen solchen Vertrag ipso jure auch zur weiteren Geheimhaltung der Erfindung und ferner auch dazu verpflichtet ist, sich selbst jeder eigenen Ausnutzung des Geheimnisses zu enthalten.

Daß also ein solcher Vertrag auch Bestimmungen zum Inhalt hat, die den einen Teil neben einer positiven Leistung auch zu einem Unterlassen oder Dulden verpflichten, ist zweifellos.

Es fragt sich nun, kann man einen solchen Vertrag trotzdem als einen Dienstvertrag betrachten, oder besteht die Bechmann'sche Einwendung, daß ein Vertrag, der den Dienstverpflichteten auch zu einem Unterlassen verpflichtet, unmöglich ein Dienstvertrag sein kann, zu Recht.

Man könnte gegen diese Einwendung vielleicht anführen, daß fast jeder Dienstvertrag neben einer Verpflichtung zu einem Tun auch eine Verpflichtung zu einem Unterlassen enthalten wird, ohne deshalb seines Charakters als Dienstvertrag entkleidet zu werden. Wenn ich z. B. einen Lehrer verpflichte, ein Kind zu unterweisen und zu erziehen, was doch zweifellos ein Dienstvertrag wäre, so versteht es sich von selbst, daß der Lehrer dem Kinde nicht allerlei Untugenden und Laster beibringen darf, daß er eben neben der Verpflichtung, alles zu tun, was der Erziehung des Kindes förderlich ist, andererseits auch alles unterlassen muß, was dem Wohle des Kindes hinderlich ist. Man könnte ferner daran denken, daß doch sogar in dem Dienstvertrag, den ein Handlungsgehilfe mit seinem Prinzipal eingeht, kraft Gesetzes stets eine Verpflichtung zu einem Unterlassen enthalten ist, nämlich das sogenannte Konkurrenzverbot, ohne daß man deswegen

die rechtliche Natur eines solchen Vertrages als Dienstvertrag angezweifelt hat.

Allein diese Beispiele sind doch wesentlich verschieden von den hier von uns behandelten Verträgen. Es ist richtig, jeder Dienstvertrag enthält notwendigerweise auch negative Bestandteile, schon insofern, als der Dienstverpflichtete stets verpflichtet ist, alles das zu unterlassen, was die von ihm versprochenen Dienste vereiteln würde; aber das liegt eben in der Natur der Sache; diese negative Verpflichtung ist gewissermaßen nur ein Ausfluß und eine Folge der übernommenen Verpflichtung zu einem positiven Tun. Diese positive Verpflichtung bildet bei den eben angeführten Beispielen stets den Hauptbestandteil und den Hauptinhalt des Vertrages, und dieser ist es, der dem ganzen Vertrage sein rechtliches Gepräge aufdrückt; eine aus dieser positiven Hauptverpflichtung entspringende Nebenverpflichtung zu einem Unterlassen kann den rechtlichen Kern eines solchen Vertrages nicht ändern.

Kann man nun auch bei den von uns behandelten Verträgen sagen, daß diese Verpflichtung zu einem Unterlassen hinter der positiven Verpflichtung zu einem Handeln völlig zurücktritt, daß sie gewissermaßen nur ein Ausfluß der ersteren ist? Ich glaube nicht. Beide Verpflichtungen, die zu einem Tun, nämlich die Kundschaft auf den Vertragsgegner überzuleiten und die zu einem Unterlassen, nämlich dem Vertragsgegner keine Konkurrenz zu machen, werden sich hier zum mindesten gleichwertig gegenüberstehen; beide sind auch von einander unabhängig, denn die Unterlassungsverpflichtung ist hier nicht eine notwendige Folge der Verpflichtung zu einem Tun; es lassen sich sehr wohl Fälle denken, daß die Parteien die Unterlassungsverpflichtung ausdrücklich ausgeschlossen haben wollen. Bei dem Vertrage über entgeltliche Mitteilung eines Geheimnisses, besonders wenn es sich nicht um ein gewerbliches Geheimnis handelt, wird dies sogar sehr oft der Fall sein; hier wird es dem einen Teil lediglich darauf ankommen, das Geheimnis zu erfahren, und es wird ihm

gleichgültig sein, ob der andere sich des Geheimnisses noch in anderer Weise bedient.

Die Verpflichtung zu einem Unterlassen steht also, wenn man sich den Gesamtinhalt eines solchen Übernahmevertrages betrachtet, der Verpflichtung zu einem Tun völlig ebenbürtig zur Seite, in vielen Fällen wird sogar die Unterlassungsverpflichtung den hauptsächlichsten, wesentlichsten Bestandteil des Vertrages bilden, und unter diesen Umständen wird man wohl allerdings einen Dienstvertrag in einem solchen Übernahmevertrag nicht erblicken können; denn daran, daß der Hauptinhalt eines Dienstvertrages auf Leistung von Arbeit, also auf positives Tun gerichtet sein muß, soll unbedingt festgehalten werden.

Aber noch eine andere Erwägung hält mich davon ab, in einem solchen Vertrage schlechthin einen Dienstvertrag zu erblicken. Die Unterlassungsverpflichtung fällt nämlich bei diesen Verträgen mit der Verpflichtung zu einem Tun zeitlich völlig auseinander. Jene beginnt erst, nachdem diese ihr Ende erreicht hat. Und gerade dieser letzte Umstand, daß nämlich die beiden Verpflichtungen, die zu einem positiven Tun und die zu einem Unterlassen zeitlich völlig auseinanderfallen, daß die Verpflichtung zu einem Unterlassen unter Umständen noch viele Jahre dauert, nachdem das positive Handeln des „Veräußerers" längs beendet ist, führt mich zu der Erkenntnis, daß es überhaupt verfehlt und müßig ist, hier ein vom rechtlichen Gesichtspunkt aus einheitliches Rechtsgeschäft konstruieren zu wollen. Bei genauer Betrachtung komme ich vielmehr zu dem Ergebnis, daß zwei Rechtsgeschäfte vorliegen, die nach Inhalt und Zeit der Erfüllung verschieden sind, eins mit der Verpflichtung des Veräußerers, die Kundschaft oder das Geheimnis, — sei es nun durch Empfehlungen bezw. Mitteilungen oder andere positive Handlungen auf den Vertragsgegner überzuleiten, das andere mit der Verpflichtung des Veräußerers, den Erwerber in dem neuerlangten Besitze der Kundschaft nicht zu stören, ihm keine Konkurrenz zu machen bezw. sich der weiteren

Verfügung über das Geheimnis zu enthalten. Nur beide Rechtsgeschäfte zusammen vermögen den wirtschaftlichen Erfolg herbeizuführen, den die Parteien durch die Eingehung eines solchen Vertrages bezwecken, und zwar sind beide Rechtsgeschäfte für die Erreichung dieses wirtschaftlichen Erfolges gleich wichtig, keiner der beiden Verträge kann als bloßer Nebenvertrag des anderen angesehen werden.

Nachdem wir so festgestellt haben, daß der Gesamtvertrag aus zwei einander durchaus gleichwertigen Einzelverträgen zusammengesetzt ist, die nicht miteinander verschmolzen werden dürfen, da erhebt sich von neuem die Frage, als was sind nun die einzelnen beiden Verträge vom juristischen Gesichtspunkt aus zu betrachten.

Was zunächst den ersten Teil des Gesamtvertrages betrifft, so läßt sich m. E. hier allerdings eine große Ähnlichkeit dieses Vertrages mit einem Dienstvertrage sofort erkennen; denn die Verpflichtung des Veräußerers ist hier eben wie beim Dienstvertrage die Verpflichtung des Dienstverpflichteten, eine Verpflichtung zu einem Handeln und zwar zu einem entgeltlichen Handeln im Interesse und im Dienst des Erwerbers.

Nach § 611 B. G. B. ist der Dienstvertrag ein Vertrag, bei welchem derjenige, welcher Dienste zusagt, zur Leistung der versprochenen Dienste, der andere Teil zur Gewährung der vereinbarten Vergütung verpflichtet wird, und in Abs. 2 desselben Paragraphen ist gesagt, daß Gegenstand des Dienstvertrages Dienste jeder Art sein können.

Der Inhalt dieses Vertrages würde eben dahin gehen, der sogenannte Veräußerer soll als Dienstverpflichteter dem Erwerber, Dienstherrn, seine Dienste dahin leisten, daß er versucht durch seine Tätigkeit zu bewirken, daß seine früheren Kunden, Patienten oder Klienten jetzt ihre Bedürfnisse bei dem Erwerber befriedigen beziehungsweise bei diesem Rat suchen. Wie der Dienstverpflichtete dies bewirken soll, das kann nun entweder speziell im Vertrage

geregelt werden, z. B. durch Einführung und persönliche Empfehlung, Übergabe des Büros oder Ladens, öffentliche Anzeigen — oder es kann nur allgemein ausgedrückt sein; der Dienstverpflichtete soll dann eben alles versuchen, was man billigerweise von ihm verlangen kann, um den Übergang der Praxis oder Kundschaft zu bewirken.

Die Wesensmerkmale eines Dienstvertrages wären also zweifelsohne bei einem solchen Vertrage vorhanden, Leistung von Diensten auf der einen Seite, Gewährung eines Entgelts auf der anderen. Ich stehe deshalb auch nicht an, in diesem Vertrage begrifflich einen Dienstvertrag zu erblicken. Nun läßt es sich allerdings nicht leugnen, daß gewisse Bestimmungen des B. G. B. über Dienstverträge auf unsere Verträge nicht passen würden, ich erinnere z. B. an die im B. G. B. getroffenen Bestimmungen über die Kündigung bei Dienstverträgen; es wäre aber verfehlt, daraus nun umgekehrt schließen zu wollen, weil einige Bestimmungen des B. G. B. über Dienstverträge keine Anwendung finden können, deshalb seien auch die von uns behandelten Verträge keine Dienstverträge. Denn den im B. G. B. gegebenen Vorschriften über Dienstverträge unterstehen durchaus nicht alle Verträge, bei denen ein Umsatz von persönlicher Tätigkeit gegen Entgelt stattfindet, die sich also begrifflich als Dienstverträge charakterisieren; durch das B. G. B. selbst sind eine Reihe von Verträgen, die ihrem Wesen nach Dienstverträge sind, herausgehoben und besonderen Vorschriften unterstellt, ich erwähne z. B. den Mäklervertrag, und auch in anderen Gesetzen sind eine Anzahl von Dienstverträgen, in der richtigen Erkenntnis, daß die Vorschriften des B. G. B. auf sie nicht recht passen würden, besonderen Regeln unterstellt, man denke nur an die handelsrechtlichen Dienstverträge, den Gesindedienstvertrag, den Dienstvertrag mit einem Rechtsanwalt oder Gerichtsvollzieher. Alle diese Verträge bleiben aber rechtlich doch Dienstverträge. Ebenso ist es auch bei den von uns behandelten Verträgen; es sind eben Dienstverträge,

und sie sind deshalb auch den im B. G. B. gegebenen Bestimmungen über diese Verträge insoweit unterstellt, als diese Bestimmungen auf die Verträge passen, da wo dieselben nicht passen, sind sie auch nicht anzuwenden, und da es nun hier an anderen besonderen gesetzlichen Bestimmungen fehlt, so sind die einzelnen Bestimmungen, sofern sie nicht aus dem allgemeinen Teil der Schulverhältnisse zu entnehmen sind, nach Lage der Sache unter Berücksichtigung von Treu und Glauben zu ergänzen.*)

Man könnte nun vielleicht auch daran denken, in dem ersten Teil des Gesamtvertrages einen Werkvertrag zu erblicken, indem man sagt, der Veräußerer verpflichtet sich hier einen gewissen Erfolg herbeizuführen, nämlich den, daß jetzt der Erwerber in den Besitz der Kundschaft und damit in Besitz seiner wirtschaftlichen Vorteile gelangen soll. Eine solche Auffassung ist auch nicht von der Hand zu weisen, und es läßt sich denken, daß die Parteien den Vertrag derart aufgefaßt haben wollen. Was mich aber davon abhält, in solchen Verträgen allgemein Werkverträge zu erblicken, ist die Erwägung, daß der Veräußerer sich eigentlich niemals verpflichten kann, diesen Erfolg herbeizuführen, zumal da dieser Erfolg absolut nicht lediglich von seinem Willen, sondern auch von dem der Kundschaft abhängt, und in der Praxis wird es höchst selten vorkommen, besonders da, wo die Kundschaft sich auf persönliche Dienste bezieht, daß die Überleitung der ganzen Kundschaft auf den Nachfolger wirklich gelingt; ein Teil der Kunden wird doch dem neuen Inhaber immer verloren gehen.

Was nun den zweiten Teil des Gesamtvertrages betrifft, so wird er sich allerdings nicht unter eine bestimmte im B. G. B. erwähnte Form von Verträgen bringen

*) Der Vertrag über entgeltliche Mitteilung eines Geheimnisses ist übrigens auch vom Reichsgericht in seiner Entscheidung vom 7. April 93 als Dienstvertrag aufgefaßt worden.

vergl. Bolze: Die Praxis des Reichsgerichts in Zivilsachen. Bd. 16, S. 226.

lassen. An einen Dienstvertrag ist hier nicht zu denken, weil die Verpflichtung des einen Teils lediglich auf ein Unterlassen geht. Es ist eben m. E. ein unbenannter Vertrag nach der römischen Formel do, ne facias. Die für ihn geltenden Grundsätze müssen, wie bei jedem Vertrage sui generis, aus den Bestimmungen des allgemeinen Teils der Schuldverhältnisse entnommen werden, oder beim Fehlen solcher nach den Umständen des einzelnen Falls, der Billigkeit entsprechend, gefunden werden.

II. Abschnitt.

Untersuchung des Inhalts dieser Verträge und der aus denselben entspringenden gegenseitigen Rechten und Pflichten.

Nachdem wir uns über die rechtliche Natur des Gesamtvertrages Klarheit verschafft haben und festgestellt haben, daß ein solcher Vertrag über Güter der erwähnten Art sich als ein Vertrag darstellt, der aus zwei ihrer rechtlichen Natur nach völlig von einander verschiedenen Einzelverträgen zusammengesetzt ist, empfiehlt es sich, den Inhalt der Einzelverträge einmal genauer zu betrachten. Der Inhalt des ersten Teils des Dienstvertrages wird nun im Allgemeinen jedesmal ein ganz verschiedener sein, je nach der Natur des veräußerten Gutes und den besonderen örtlichen Verhältnissen. Bei dem Fehlen jeglicher gesetzlicher Bestimmungen werden die Parteien wohl meist genaue Abmachungen darüber treffen, welcher Art die Dienste des Dienstverpflichteten im Einzelnen sein sollen. Da, wo dies nicht geschehen ist, werden bei Streitigkeiten die Bestimmungen über den Dienstvertrag, sowie die §§ aus dem allgemeinen Teil des B. G. B., sowie dem der Schuldverhältnisse besonders die §§ 157 und 242 herangezogen werden müssen.

Am einfachsten wird sich die Verpflichtung desjenigen gestalten, der den Übergang der Kundschaft eines Handelsgeschäftes auf einen anderen zu bewirken hat, da es, wie schon gesagt, besonders bei großen Betrieben den einzelnen Kunden im allgemeinen gleichgültig sein wird, wer der augenblickliche Inhaber des Geschäftes ist, und da deshalb keine große Mühe notwendig ist, dem Geschäft auch unter dem neuen Besitzer die alten Kunden zu erhalten. Der Dienstverpflichtete wird hier im allgemeinen seinen Verpflichtungen schon nachgekommen sein, wenn er ein Verzeichnis seiner Kunden aufgestellt und seinem Nachfolger ausgehändigt hat; vielleicht wird auch noch eine schriftliche Mitteilung an die Kunden mit der Bitte, das alte Vertrauen auf seinen Nachfolger zu übertragen, gefordert werden und je nach den Umständen des Falls auch notwendig sein.

Schwieriger wird sich der Übergang des von uns behandelten wirtschaftlichen Gutes stets da gestalten, wo die Kundschaft sich auf persönliche Dienste des Inhabers bezieht; denn hier beruht sie größtenteils in dem Vertrauen, das die Kunden auf die persönlichen Fähigkeiten des Inhabers setzen, sei es in dessen Geschicklichkeit oder Kenntnisse, oder in die Lauterkeit seines Charakters; auch persönliche und gesellschaftliche Beziehungen werden hier mitsprechen. Alle diese feinen Fäden, durch die hier die Kundschaft gehalten wird, von sich zu trennen und mit seinem Nachfolger zu verknüpfen, wird oft äußerst schwierig sein und wohl nie gänzlich gelingen. Welche Bemühungen hier der Dienstverpflichtete zur Erreichung dieses Zieles aufzuwenden hat, ist natürlich auch Tatfrage und muß, wenn nicht speziell im Vertrage geregelt, nach den Umständen des einzelnen Falles entschieden werden.

Aus der Natur eines solchen Vertrages als Dienstvertrag folgt, daß das für die Dienste vereinbarte Entgelt mangels anderer Abrede erst nach Leistung der Dienste zu entrichten ist. Wann diese Dienste beendet sein werden, muß natürlich wieder mangels besonderer Vereinbarung von dem Richter nach freiem Ermessen unter Berück-

sichtigung des konkreten Falles entschieden werden. Im allgemeinen wird man sagen können, die Dienste sind dann beendet, wenn der Dienstverpflichtete alles getan hat, was verabredet war, oder was in seiner Macht stand und was man billigerweise von ihm verlangen konnte, um den Übergang der Kundschaft zu bewirken. Das Entgelt wäre zu entrichten ohne Rücksicht auf den eingetretenen Erfolg. (Anders natürlich dann, wenn die Parteien dies besonders vereinbart hätten, in welchem Falle der Vertrag rechtlich als Werkvertrag anzusehen wäre.)

Was den zweiten Teil des Vertrages, die Konkurrenzklausel anbetrifft, so ist die wichtigste Frage die, auf wie lange und bis zu welchen Bedingungen ein solches Konkurrenzverbot Geltung haben soll. Man könnte daran denken, die einzige in unserer Gesetzgebung getroffene Bestimmung über die Dauer eines solchen Konkurrenzverbotes, nämlich die Bestimmung aus § 74 H. G. B. hier zur analogen Anwendnng zu bringen und zu sagen, eine solche Beschränkung hat nur insoweit Gültigkeit, als nicht die Grenze überschritten wird, durch welche eine unbillige Erschwerung des Fortkommens des Veräußerers ausgeschlossen wird, und als äußerste Zeitgrenze drei Jahre ansetzen. Eine derartig analoge Anwendung dieser Bestimmung erschiene vielleicht nicht ganz unzweckmäßig, zumal da dem Richter hier ein weiter Spielraum bei Festsetzung der Grenzen gelassen ist und er je nach Lage und Umständen des einzelnen Falls die Billigkeit berücksichtigen könnte. Allein ihrer Anwendung stehen doch anderweite Bedenken entgegen. Schon die Festsetzung der äußersten Grenze der Dauer des Konkurrenzverbotes von drei Jahren scheint mir bedenklich. Einerseits kann man ja vielleicht sagen, es ist anzunehmen, daß mit Ablauf dieser Zeit die Kundschaft sich bei dem neuen Inhaber genügend befestigt hat und es unbillig ist, den Veräußerer länger von der Ausübung eines Konkurrenzgeschäftes fernzuhalten, andererseits lassen sich aber auch Fälle denken, bei denen dieser Zeitraum noch nicht zur Befestigung der Kundschaft bei dem Erwerber

genügt hat, sodaß es für den Veräußerer ein leichtes wäre, die Kundschaft wieder für sich zu erlangen und so das Gut, dessen er sich vertraglich entäußert hat, für sich zurückzugewinnen. Dies ihm zu gestatten wäre aber höchst unbillig. Dann ist doch ein Dienstvertrag dieser Art seinem Wesen nach zu verschieden von den im H. G. B. behandelten Verträgen. Eine allen diesen Verträgen gerecht werdende Bestimmung hier zu treffen, erscheint mir überhaupt nicht angängig; der Richter muß eben auch hier in allen Fällen nach den besonderen Umständen entscheiden, in wieweit eine solche Beschränkung zulässig sein wird und inwieweit sie durch § 138 B. G. B. als unsittlich und deshalb nichtig anzusehen ist. In Großstädten wird diese Grenze des Konkurrenzverbotes naturgemäß nach Zeit und Ort eine bedeutend engere sein müssen als in kleinen Städten.*) In ganz kleinen Städten wird es vielleicht sogar gänzlich ausgeschlossen sein, daß der Veräußerer sich jemals wieder dort niederläßt und seine frühere Tätigkeit aufnimmt. Denn auf keinen Fall darf der Veräußerer versuchen, sich direkt an seine früheren Kunden zu wenden, um sie wieder für sich zu gewinnen und in kleinen Städten, wo vielleicht nur ein Geschäft dieser Art bestand, oder nur ein Arzt oder Anwalt vorhanden war, wird in der erneuten Niederlassung ein solcher Versuch unzweifelhaft zu erblicken sein.

Ganz besonders weitgehend wird diese negative Verpflichtung des Veräußerers bei dem Vertrage sein, der die Mitteilung eines Geschäftsgeheimnisses zum Gegenstande hat. Hier wird man im Zweifel wohl stets anzunehmen haben, daß der Veräußerer sich für immer jeder anderen Verfügung über dieses Gut zu enthalten hat; weder darf er es einem anderen mitteilen noch auch selbst einen wirtschaftlichen Nutzen daraus zu ziehen. Eine andere

*) Das O. L. G. Colmar setzt in seiner oben zitierten Entscheidung die Dauer des Konkurrenzverbotes bei der Veräußerung der Kundschaft eines Detailgeschäftes in einer kleinen Stadt auf 10 Jahre fest und beschränkt das Verbot auf die Stadt selbst.

Auffassung würde dem wirtschaftlichen Zweck eines solchen Vertrages direkt widersprechen.

Eine andere auch für die Praxis höchst bedeutsame Frage ist es, welche Rechtsbehelfe den Parteien eigentlich zu Gebote stehen, wenn die Verpflichtungen von der einen oder der anderen Partei nicht ordnungsmäßig erfüllt werden. Erfüllt der „Käufer" seine auf Zahlung des vereinbarten Entgelts gehende Verpflichtung nicht, so kann der Veräußerer gemäß § 611 B. G. B. auf Zahlung dieser Summe klagen. Er kann wie schon erwähnt, auch dann klagen, wenn er seine Dienste zwar ordnungsmäßig geleistet hat, wenn aber der von den Parteien erstrebte Erfolg nicht eingetreten ist. Haben die Parteien jedoch vereinbart, daß das Entgelt nur gezahlt werden solle, wenn ein Erfolg eingetreten ist, so ist der Vertrag als Werkvertrag aufzufassen, und das Entgelt ist dementsprechend erst nach Herstellung des Erfolges zu entrichten. Andernfalls aber, wenn der Dienstverpflichtete alles getan hat, was von den Parteien zur Erreichung des Erfolges vereinbart war, steht dem Dienstherrn kein Recht zu, das vereinbarte Entgelt deshalb zu verweigern, weil der Erfolg nicht oder nicht in dem Umfange eingetreten ist, wie er es erwartet hatte. Etwas anderes ist es, wenn der Veräußerer z. B. dem andern Teil falsche Angaben über den Umfang seiner Kundschaft gemacht hat, oder wenn sich der Erwerber aus einem anderen Grunde über den Umfang der Kundschaft des Veräußerers im Irrtum befand, wenn also der von dem Dienstherrn durch die Dienste erstrebte Erfolg gar nicht eintreten konnte. In diesem Falle steht dem Dienstherrn das Recht zu, dem Vertrag gemäß §§ 123, 119 B. G. B. anzufechten, und sich somit seiner Verpflichtung zu entledigen. Im Falle des Irrtums allerdings nur dann, wenn anzunehmen ist, daß er bei Kenntnis der Sachlage und bei verständiger Würdigung des Falls den Vertrag nicht eingegangen sein würde, auch wäre er in diesem Falle gemäß § 122 B. G. B. zum Ersatze des negativen Vertragsinteresses verpflichtet, es sei denn, daß der Dienst-

verpflichtete den Grund der Anfechtbarkeit kannte oder hätte kennen müssen. Ihm auch gemäß § 493 B. G. B. analog den Bestimmungen über den Kauf ein Recht auf Minderung einzuräumen, ist m. E. keinesfalls angängig. Im § 493 B. G. B. ist nur bestimmt, daß die Vorschriften über Gewährleistung wegen Mängel der Sache auch auf andere Verträge, die auf „Veräußerung oder Belastung einer Sache" gerichtet sind, entsprechende Anwendung finden. Hier handelt es sich aber weder um eine „Veräußerung" noch um eine „Sache", wie oben schon dargelegt ist. Eine solche Anwendung würde übrigens auch mit der rechtlichen Natur dieses Vertrages als Dienstvertrag unvereinbar erscheinen.

Es fragt sich weiter, welche Rechtsmittel sind dem Erwerber der Praxis zuzubilligen, wenn der Veräußerer der übernommenen Verpflichtung zuwider den 2. Teil des Gesamtvertrages, die Konkurrenzklausel nicht innehält. Ihm ist hier zunächst, wie bei jedem anderen Schuldverhältnis, eine Klage auf Erfüllung des Vertrages, d. h. auf Unterlassung der Konkurrenz zu gewähren. Ist eine Vertragsstrafe für die Zuwiderhandlung festgesetzt, so kann der Erwerber gemäß § 340 B. G. B. die verwirkte Strafe statt der Erfüllung verlangen. Außerdem steht ihm natürlich noch ein eventueller Anspruch auf Schadenersatz zu.

III. Abschnitt.

Untersuchung der Frage nach der Zulässigkeit dieser Verträge mit Rücksicht auf § 138 B. G. B.

Eine ungleich wichtigere Frage nun als die eben behandelte nach dem juristischen Wesen und Inhalt eines solchen Vertrages, ist die Frage, in wieweit solche Verträge überhaupt Gültigkeit haben, und inwieweit sie gemäß § 138 B. G. B. als unsittlich und deshalb nichtig anzusehen sind.

Die Gültigkeit solcher Verträge ist bisher von der Praxis stets da verneint worden, wo es sich um die Übertragung der Praxis eines Anwaltes handelte und auch fast ausnahmslos bei Verträgen über entgeltliche Veräußerung der Praxis eines Arztes. Da wo die Kundschaft eines Handelsgeschäftes das Objekt des Vertrages bildete, ist die Gültigkeit eines solchen Rechtsgeschäftes aus Gründen der Sittlichkeit wohl bisher kaum bestritten worden, ebenso wenig wie natürlich bei Verträgen über entgeltliche Mitteilung eines Geheimnisses oder einer nicht patentierten Erfindung.

Die folgenden Ausführungen werden sich deshalb auch im Wesentlichen auf die entgeltliche Übertragung der Anwalts- und Ärzte-Praxis beziehen.

Um eine klare Übersicht über den Stand dieser Streitfrage nach der Unsittlichkeit dieser Verträge zu erlangen, empfiehlt es sich auch hier wieder, zunächst die Ansichten der Literatur und Rechtsprechung zu betrachten. Was den Kauf der Praxis eines Anwaltes betrifft, so wird er von der Literatur ausnahmslos gleicherweise wie von der Rechtsprechung als unsittlich und deshalb nichtig angesehen. Es wird dabei stets auf die Entscheidung des Ehrengerichtshofes für deutsche Rechtsanwälte verwiesen, der als offizieller Vertreter der diesen Stand beherrschenden Anschauungen allgemein anerkannt ist, und der einen entgeltlichen Vertrag über die Praxis mehrfach als mit der Standesehre eines Rechtsanwaltes für unvereinbar erklärt und die betreffenden Anwälte, die einen derartigen Vertrag eingegangen waren, disziplinarisch zur Verantwortung gezogen hat.

Nicht so einheitlich wie beim entgeltlichen Vertrage über die Anwaltspraxis wird die Frage nach der Gültigkeit eines solchen Vertrages bezüglich der Praxis eines Arztes in Literatur und Rechtsprechung beantwortet. Während z. B. Kohler*) und Riezler**) schlechthin in einem solchen Vertrage

*) vergl. Kohler a. a. O. Bd. II, § 37, S. 101.

**) in Staudingers Kommentar a. a. O. Anm. zu § 138.

ein Verstoß gegen die guten Sitten zu erblicken glauben, wollen andere Schriftsteller, wie z. B. Crome[1]) und Kuhlenbeck[2]) diese Frage nicht prinzipiell entscheiden, sondern jedes Mal unter Würdigung aller Einzelheiten des konkreten Falles eine diesbezügliche Entscheidung treffen. Auch in der Judicatur finden wir über diesen Punkt einander widersprechende Entscheidungen. Während frühere Entscheidungen einiger Oberl.-Gerichte in einzelnen Fällen sich für die Gültigkeit solcher Verträge entschieden haben, hat allerdings das Reichsgericht in letzter Zeit in einigen Entscheidungen die Ungültigkeit jener Verträge aufgrund des § 138 B. G. B. ausgesprochen.

Für die Gültigkeit dieser Verträge hat sich in besonders ausführlichen Darlegungen das Oberlandesgericht Zweibrücken in seinem bereits oben zitierten Urteil entschieden,[3]) indem es unter anderem folgendes ausführt: Es kann sich noch fragen, ob ein solcher Vertrag wegen seines unerlaubten Zweckes oder aus irgend welchem Grunde gegen die gute Sitte verstoßen hat. Diese Frage ist nach oben erörterter Grundlage zu verneinen und zwar sowohl vom Standpunkt der Standesehre aus, als auch im Hinblick auf den Kundenkreis. Die Ausübung der ärztlichen Praxis ist unter allen Umständen eine Erwerbstätigkeit und es kann deshalb nicht gegen die guten Sitten verstoßen, wenn ein Arzt dafür, daß er zu Gunsten eines anderen Arztes den Ort seiner bisherigen Erwerbstätigkeit aufgibt und für die Zukunft auf die ihm nach der Gewerbeordnung zustehende Konkurrenz verzichtet, sich eine Vergütung bezahlen läßt. Gegenüber den aber bereits vorhandenen Kunden kann aber, selbst wenn ein abgeschlossener Kreis, was gar nicht einmal feststeht, vorhanden war, ein Verstoß gegen die guten Sitten um deswillen nicht erblickt werden, da der Arzt jederzeit seine

[1]) Crome a. a. O. Bd. II, § 212.

[2]) jurist. Wochenschrift 1902, S. 646.

[3]) vergl. Puchelt: Zeitschr. für dt. Bürgerl. Recht und franz. Zivilrecht, Bd. 32, S. 167.

Tätigkeit an einen anderen Ort verlegen kann, und weil den Patienten, selbst wenn der Kläger seinen Nachfolger empfohlen hätte, immer die freie Wahl zwischen diesem und einem auswärtigen Arzte belassen war.

Ebenso entschieden spricht sich das Oberl.-Gericht Posen in seiner Entscheidung vom 26. September 02 für die Gültigkeit solcher Verträge aus*): „Das erkennende Gericht trägt kein Bedenken, die Gültigkeit des Vertrages anzuerkennen. Was gute Sitte ist, richtet sich nach den Anschauungen der Allgemeinheit, die für Zeit und Ort verschieden sein können, entscheidend ist das jeweilige Volksbewußtsein und nicht ein besonderes Standesbewußtsein. Die Verletzung besonderer Standespflichten macht ein Rechtsgeschäft noch nicht zu einem gegen die guten Sitten verstoßenden. Nicht einmal ein für jedermann verbotenes Geschäft verstößt deshalb gegen die guten Sitten. Das nicht seltene Vorkommen solcher als Verkauf einer ärztlichen Praxis bezeichneten Rechtsgeschäfte, die ungescheute Einrückung von Anzeigen, die hierauf Bezug haben können, kommen als Anzeichen dafür in Betracht, daß nach allgemeinem Volksbewußtsein in derartigen Abmachungen nichts Verwerfliches gefunden wird; sie würden nur dann bedeutungslos sein, wenn es sich um einen Mißbrauch handelte, der im allgemeinen Volksbewußtsein als unsittlich gefunden wird. Aber das liegt nicht vor, der Vertrag verstößt nicht gegen das öffentliche Interesse und enthält auch keine unzulässige Einschränkung der persönlichen und der Erwerbs-Freiheit der Beteiligten."

Den entgegengesetzten Standpunkt nimmt das Oberl.-Gericht Braunschweig**) an. Es weist den von dem Urteil erster Instanz eingenommenen Standpunkt, daß der Verkauf einer Ärztepraxis ebenso zu beurteilen sei, wie der Verkauf eines sonstigen Geschäftes mit einer gewissen Kundschaft mit Entschiedenheit zurück. „Die Gleichstellung des Verkaufs einer ärztlichen Praxis mit dem Verkauf

*) Entsch. der Oberl.-Ger. Bd. VI, S. 33.
**) Entsch. der Oberl.-Ger. Bd. 21, No. 107.

eines sonstigen Geschäftes mit einem gewissen Kundenkreis erscheint nicht gerechtfertigt. Mit letzterem ist die entgeltliche in der Rechtsprechung nicht anstößig gefundene Veräußerung eines Handels- oder eines sonstigen in den Kreis der Gewerbe fallenden Geschäftes zu verstehen. Wenngleich die Gew.-Ord. in einzelnen Paragraphen sich mit der Ausübung der Heilkunde und den Ärzten befaßt, sind die betreffenden Vorschriften doch nur Ausflüsse der nach § 6 in engen Grenzen zugelassenen Anwendbarkeit der Gew.-Ord., die nach letzterem Paragraphen nur insoweit auf die Ausübung der Heilkunde Anwendnng findet, als sie ausdrückliche Bestimmungen darüber enthält. Die Gewerbeordnung hat durch den von ihr zu der Ausübung der Heilkunde und zu den zu solcher berufenen Personen eingenommenen Standpunkt den Beruf der Ärzte nicht zu einem Gewerbebetriebe im engeren Sinne herabdrücken wollen. Näher liegt jedenfalls der Vergleich der sozialen Stellung der Ärzte mit derjenigen der Rechtsanwälte. Die Ausübung des Berufes setzt bei beiden Personenklassen wissenschaftliches Studium und Nachweis der Befähigung voraus und erfordert die Anwendung erworbener wissenschaftlicher Kenntnisse. Wie der Anwalt ist der Arzt auf das Vertrauen des Publikums angewiesen; dieses Vertrauen wird regelmäßig dem Maße seines Wissens und Könnens entsprechen. Wenn nun der Ehrengerichtshof für Rechtsanwälte in seinen Entscheidungen das Ausbieten und den Verkauf der Praxis als mit dem § 28 R. A. O. unvereinbar gehalten und den § 62 daselbst für anwendbar erklärt hat, so muß darin ein Fingerzeig für die Auffassung gleicher Handlungen beim Arzt erblickt werden. In den Entscheidungen ist Gewicht darauf gelegt, daß der Rechtsanwalt das ihm vom Publikum geschenkte Vertrauen in Geld umsetze und dabei in seinem und des Käufers Interesse nicht in dem seiner Recht suchenden Kundschaft handele. Dabei ist ferner hervorgehoben, daß es für die Beurteilung nichts verschlage, ob die Rechtsanwaltschaft freies Gewerbe sei oder nicht und weitergehend betont, daß trotz und

grade wegen der Freigebung der Advokatur jeder Anwalt verpflichtet sei, genau darüber zu wachen, daß er bei Verwertung seiner Kenntnisse und bei der eingetretenen Konkurrenz alles vermeide, was den Anwaltsstand zu einem reinen, lediglich den materiellen Gewinn ins Auge fassenden Gewerbebetriebe zu machen geeignet sei. Alle diese Gesichtspunkte treffen auch bei Ärzten zu, sodaß der Verkauf einer Ärzte-Praxis sich als ein Vorgang kennzeichnet, der der Achtung unwürdig ist, die der Beruf des Arztes erfordert, daß er mithin gegen die guten Sitten verstößt. Zu dem vor berührten Moment des Vertrauens, welches den Kundenkreis an den Arzt bindet, tritt ferner die Erwägung, daß die Gefahr sehr nahe liegt, der den Verkauf seiner Praxis betreibende Arzt werde sein Augenmerk weniger auf die Fähigkeit, Zuverlässigkeit und Vertrauenswürdigkeit richten, als danach sehen und beachten, einen möglichst hohen Kaufpreis zu erzielen und einen solventen Käufer zu finden.

Eine Bestätigung der hier bestehenden Auffassung bietet die Standesordnung für die Ärzte des Herzogtums Braunschweig, welche die nach § 15 Nr. 3 des Medizinalgesetzes vom 25. 10. 1865 zur Sorge für Erhaltung und Entfaltung eines würdigen Standesgeistes, Aufrechterhaltung der inneren Ordnung unter den Ärzten berufene Kammer der Ärzte und Apotheker gegeben hat. Der § 5 dieser Ordnung lautet: „Der Kauf und Verkauf der ärztlichen Praxis, sowie das Vermitteln derartiger Käufe und Verkäufe durch Ärzte ist unstatthaft.“ Er kennzeichnet in nicht mißzuverstehender Weise die Auffassung dieses Organs der Ärzte des Herzogtums, welches aus Wahlen der Ärzte und Apotheker hervorgeht und die Disziplin über diese zu handhaben berufen ist. Demgegenüber kann nicht davon die Rede sein, daß die Anschauung ein Produkt gesteigerter Ehrbegriffe eines besonderen Standes innerhalb einer Mehrzahl seiner Mitglieder sei. Der § 5 befindet sich im Einklange mit den guten Sitten, die der Stand der Ärzte nicht weniger wie der der Rechtsanwälte für sich in Anspruch nehmen darf und muß.“

Die Reichsgerichts-Urteile, die sich mit dieser Materie näher befaßt haben, schließen sich diesen Ausführungen des Oberl.-Ger. Braunschweig im allgemeinen an. Ihre Ausführungen sind meist so gehalten, daß sie gleicherweise sowohl für die Veräußerung der Ärztepraxis als auch für die Veräußerung der anwaltlichen Praxis von Bedeutung sind. Nur das erste der beiden oben angeführten Urteile handelt von einem Veräußerungsgeschäft einer ärztlichen Praxis. Das zweite betrifft den Fall eines vertragsmäßigen Konkurrenzverbotes zwischen Ärzten und Rechtsanwälten. Da aber, wie oben schon erwähnt, ein solches Konkurrenzverbot einem solchen Veräußerungsvertrage notwendigerweise innewohnt, so sind auch diese Ausführungen für uns von hervorragendem Interesse.

Aus der Begründung des ersten Urteils will ich folgende Punkte hervorheben.*)

„Der Berufungsrichter nimmt zu der Frage, ob der sogenannte Verkauf einer ärztlichen Praxis gegen die guten Sitten verstoße und deshalb nichtig sei, nicht grundsätzliche Stellung, sieht aber wenigstens im vorliegenden Falle den Vertrag als gegen die guten Sitten verstoßend an, indem er inbetreff desselben und seines weiteren Inhaltes — außer der Übertragung der Praxis zum Preise von 70000 Mk. — noch Folgendes ebenfalls unangefochten feststellt: der Kaufpreis (beziffert auf das Vierfache der vom Beklagten in einem Quartal erzielten Bruttoeinnahme und demnächst bestimmt auf 70000 Mk.) habe zu dem Werte der als verkauft bezeichneten Gegenstände in keinem Verhältnis gestanden. Der Preis habe in Monatsraten von 1500 Mk. getilgt werden sollen, die unter allen Umständen wenigstens sechsmal zu entrichten gewesen seien. Wenn der Käufer sich auch habe dann von dem Vertrage lossagen können, so habe er in solchem Falle doch die geleisteten Zahlungen verloren und habe, um den Erlaß des noch rückständigen Kaufgeld-Betrages erreichen

*) jur. Wochenschrift 1907, S. 474.

zu können, die verkauften Gegenstände sämtlich zurückgeben müssen. Auch sei ihm solchen Falls jede Ausübung weiterer ärztlicher Tätigkeit in der Kreishauptmannschaft Dresden bei einer Vertragsstrafe von 25000 Mk. untersagt gewesen. In der Begründung seines Urteils hat der Berufungsrichter zunächst im Allgemeinen ausgeführt, der Arzt betreibe seine Praxis nicht als reine Erwerbstätigkeit, er solle sie nicht nur um des Vermögensgewinnes willen ausüben, sondern zugleich auch zur Förderung des allgemeinen Wohles und als eine Tätigkeit, die für dieses von großer Bedeutung sei. Wie hierdurch der ärztliche Beruf aus dem Rahmen des gewöhnlichen Erwerbslebens herausgehoben werde, so erwachse dem Arzt auch zugleich die Pflicht, insbesondere bei seinem mit der Ausübung der beruflichen Tätigkeit zusammenhängenden Verhalten, Rücksichten zu beobachten, die dem ihm vom Publikum entgegengebrachten Vertrauen entsprechen; und die Nichteinhaltung der ihm hiernach gezogenen Grenzen könne bei einem Handel auf rechtsgeschäftlichen Gebiete, den Charakter eines Verstoßes gegen die guten Sitten annehmen. Der Berufungsrichter sieht einen solchen Verstoß, insbesondere auch dann für gegeben an, wenn ein Arzt das ihm entgegengebrachte Vertrauen dadurch täuscht, daß er seine Praxis an eine andere Person unter Umständen überträgt, die eine Verwertung dieses Vertrauens zum Zwecke reinen Vermögensgewinnes dartun. Dieses aber erachtet der Berufungsrichter hier für vorliegend, und er stützt diese seine Annahme auf die oben mitgeteilten Tatsachen sowie auf das Folgende: Bei den Schwierigkeiten, die aus den Bestimmungen des Vertrages für den Kläger in Bezug auf sein wirtschaftliches Fortkommen erwuchsen, habe es auf der Hand gelegen, daß der Weiterbetrieb der Praxis bei ihm von der Notwendigkeit, hierbei unter allen Umständen möglichst hohe Einnahmen zu erreichen, in einem für die Hilfesuchenden sehr nachteiligem Grade beeinflußt sein mußte, ganz abgesehen davon, daß auch sonst einem unter so drückenden

Verhältnissen arbeitenden Ärzte die Arbeitsfreudigkeit und die Geneigtheit bei seiner Tätigkeit zugleich dem allgemeinen Wohle zu dienen, in erheblichem Maße abgehen werde. Die hieraus sich ergebenden Umstände träten im vorliegenden Falle noch hinzu zu dem an sich bei jedem Verkaufe der ärztlichen Praxis gegebenen Nachteil, daß der Verkäufer weniger auf die wissenschaftliche und sittliche Befähigung seines Nachfolgers, als auf die Höhe des Kaufpreises Rücksicht nähme, und trotzdem zu einer Empfehlung seines Nachfolgers, den der alte Kundenkreis aus Gewöhnung und Bequemlichkeit aufsuche, durch sein pekuniäres Interesse geradezu genötigt sei. Endlich hat der Berufungsrichter noch ausgeführt, daß ein Verhalten, wie es in dem Abschluß des angefochtenen Vertrages liege, nicht nur die Standessitte, sondern auch die dem Arzte der Allgemeinheit gegenüber obliegenden Pflichten, nicht nur das Standesbewußtsein und ein blos gesteigertes Standesgefühl der Ärzte, sondern auch die sittliche Empfindung der Gesamtheit verletze. Die gesamten Ausführungen des Berufungsrichters lassen einen Rechtsirrtum nirgends erkennen; sie werden vielmehr durch die getroffenen Feststellungen getragen und sind jedenfalls auf den vorliegenden Fall zutreffend und billigenswert. Es hat sich bei dem Vertrage der Parteien um eine rein vermögensrechtliche Transaktion, um die rein geschäftsmäßige Übertragung der Praxis gehandelt; die ärztliche Praxis ist der Kaufgegenstand gewesen; der Einfluß, den der Beklagte als Arzt auf das Publikum gewonnen hatte und das Vertrauen, das ihm vom Publikum entgegengebracht wurde, sind zum Gegenstande eines Gewinns gemacht und in gewinnsüchtiger Absicht ausgenutzt worden. Dieses ist unter Bedingungen geschehen, die den übernehmenden Arzt nötigten — oder doch zum Mindesten die Gefahr in sich bargen, daß der übernehmende Arzt unter dem Einfluß eines starken wirtschaftlichen Druckes dazu geführt werden würde, daß er bei Ausübung seines Berufes sein Augenmerk vor Allem und unter Außerachtlassung völliger

Berücksichtigung der Interessen der seine Hilfe nachsuchenden Personen auf die Erzielung möglichst hoher Einnahmen richtete. Ein derartiger Vertrag unter derartigen Bedingungen verletzt, wie von dem Berufungsrichter ebenfalls ausdrücklich hervorgehoben ist, nicht nur das Standesbewußtsein und das Standesinteresse der Ärzte, sondern das allgemeine Volksbewußtsein, die Anschauungen der Gesamtheit der billig und gerecht denkenden und verstößt somit gegen die guten Sitten."

Noch bestimmter für die Unsittlichkeit derartiger Verträge spricht sich das zweite der beiden Reichsgerichts-Urteile aus, daß zwar wie schon gesagt, nur den Fall eines Konkurrenzverbotes zwischen Ärzten behandelt, aber trotzdem auch den Fall von „Verkäufen" ärztlicher Praxis mit berücksichtigt.*) Nachdem das Urteil festgestellt hat, daß aus der Gewerbeordnung für die Natur des ärztlichen Berufes positiv nichts zu gewinnen sei, fährt es folgendermaßen fort:

„Eine positive Bekundung über das Wesen des ärztlichen Berufes ist dagegen in den Standesanschauungen gegeben, welche in den den praktischen Ärzten staatlich erteilten Organisationen unter staatlicher Autorität durchgeführt werden. Der für Preußen aufgrund des Gesetzes, betreffend die ärztlichen Ehrengerichte, seit 1. April 1900 bestehende ärztliche Ehrengerichtshof hat in einer Reihe von Entscheidungen Reklamen, Angriffe auf den Besitzstand eines Berufsgenossen, Verbindungen mit Kurpfuschern als standesunwürdig geahndet. Diese Sprüche laufen entsprechenden Entscheidungen des Ehrengerichtshofes für deutsche Rechtsanwälte völlig parallel. Beide Ehrengerichtshöfe finden einen Verstoß gegen die Standesehre auch in dem Kauf und Verkauf der Praxis, weil hierdurch der ideelle Wert des persönlichen Vertrauens in Geld umgesetzt werde. Beide Ehrengerichtshöfe rügen also Maßnahmen, welche erlaubte und gewöhnliche Geschäfte eines gewerblichen

*) jur. Wochenschrift 1907, S. 475.

Unternehmens sind, beim Arzt und Rechtsanwalt als Berufs-Pflichtverletzung. Die sich unter staatlicher Autorität durchsetzende sittliche Überzeugung und die tatsächliche Sitte der deutschen Ärzte geht dahin, daß der ärztliche Beruf wie der Rechtsanwaltsberuf, als ein Gewerbe, d. h. als eine Einnahmequelle, als ein auf Geldverdienen gerichtetes Unternehmen nicht ausgeübt wird, und nicht ausgeübt werden darf. Die Überzeugung von dem höheren sittlichen Zweck beider Berufe greift über die Standeskreise hinaus; sie ist eine allgemeine. Nach den Sittenanschauungen nicht nur der Ärzte und Rechtsanwälte selbst und nicht nur der sonst höher gebildeten Volkskreise, sondern des gesamten deutschen Volkes stehen die allgemeinen Interessen dienenden Berufe des Arztes und des Rechtsanwalts über dem Niveau einer Gelderwerbstätigkeit und dürfen auf die Stufe eines gewerblichen Unternehmens nicht herabgezogen werden. Dem durchschnittlichen Maßstabe, dem Anstandsgefühle aller billig und gerecht Denkenden ist es anstößig, wenn der Beruf des Arztes und des Rechtsanwalts lediglich zum Zwecke des Geldverdienens und nach den Antrieben dieses Zweckes ausgeübt wird. Das eigentümliche und entscheidende Gepräge beider Berufe liegt darin, daß sie fundamentale, allgemeine öffentliche Zwecke, nämlich die der Gesundheitspflege und der Rechtspflege, aufgrund staatsseitig geforderter und gewährleisteter wissenschaftlicher Vorbildung unter besonderer Verantwortung zu erfüllen haben. Die Honorierung der Berufstätigkeit des Arztes und des Rechtsanwalts tut diesem inneren Kern derselben keinen Abbruch. Zumal die römische Anschauung, welche z. B. den professores juris civilis einen Honoraranspruch versagte, quia juris civilis sapientia est res sanctissima, quae pretio nummario non sit aestimanda nec dehonestanda (l. 1 § 5 D. 50, 13), längs dem Axiom gewichen ist, daß auch die höchste geistige Arbeit ohne Abbruch ihrer Würde ihren materiellen Lohn finden darf und soll. Es ist eine Tatsache, daß das sittliche Bewußtsein aller Volkskreise gegen eine Ausnutzung des ärztlichen und anwaltlichen Berufes wie eine Geld-

erwerbsquelle feinfühlig und lebhaft reagiert als gegen einen Mißbrauch einer öffentlichen Pflichtenstellung.

Ist hiernach der Arztberuf nicht nur und nicht entscheidend die Betätigung einer wirtschaftlichen Kraft, sind vielmehr Ärzte wie Rechtsanwälte Träger geistiger Kräfte im Dienste des Gemeinwohls, so erscheinen Konkurrenzklauseln zwischen Ärzten wie zwischen Rechtsanwälten, in besonderem Maße anstößig. Es ziemt nach allgemeiner Anschauung den Vertretern dieser wissenschaftlichen, staatlich geordneten, den wichtigsten Gemeininteressen dienenden Berufe nicht, der Berufsausübung irgend eine Beschränkung (nach Ort, nach Zeit, oder gegenständlich), aufzuerlegen, oder auferlegen zu lassen. Diese Berufe müssen frei sein kraft der ihnen innewohnenden sittlichen Würde und im öffentlichen Interesse. Es verletzt das öffentliche Interesse unmittelbar, wenn für die Ausübung dieser Berufe private Monopole irgendwelcher Art geschaffen und diese der Allgemeinheit gewidmeten Funktionen im privaten Interesse und zu privatem Nutzen irgend gehemmt und gebunden werden. Solche Konkurrenzklauseln trifft der Satz, daß Verträge gegen die guten Sitten verstoßen, welche eine ökonomische Leistung in Kausalbeziehung zu einer Unterlassung setzen, die von Moral wegen in Kausalbeziehung zu Geld oder Geldeswert nicht stehen soll. (Lothmar, der unmoralische Vertrag, Seite 73). Eine Konkurenzklausel zwischen Rechtsanwälten ist denn auch dem Ehrengerichtshof für Rechtsanwälte niemals unterbreitet worden. Dem preußischen Ehrengerichtshof für Ärzte hat der Fall einer Konkurrenzklausel zwischen Ärzten nur einmal vorgelegen, der Verkauf der ärztlichen Praxis wurde als unwürdig geahndet. Nach dem zu ehrengerichtlicher Untersuchung gekommenen Tatsachenmaterial muß angenommen werden, daß die tatsächliche gute Sitte der Ärzte und Rechtsanwälte es durchaus verwirft und ablehnt, ein Konkurrenzverbot aufzuerlegen und auf sich zu nehmen."

Um nun in eine Kritik dieser Entscheidungen eintreten zu können, wird man zunächst die Frage, was unter

„gute Sitten“ im Sinne des § 138 B. G. B. zu verstehen ist, zu untersuchen habe. Die widersprechendsten Ansichten sind hier von Seiten der Literatur aufgestellt worden. Eine Anzahl Schriftsteller will den Begriff in des Wortes ursprünglichster Bedeutung aufgefaßt wissen und folglich alle Verträge, die gegen die „Sitte“ verstoßen als nach diesem Paragraphen für nichtig erachten, andere vertreten die Ansicht, daß das Gesetz hier die „Sittlichkeit“ im Auge habe, eine dritte Gruppe von Schriftstellern will beide Begriffe kumulieren und verlangt folglich, daß das Rechtsgeschäft weder Sitte noch Sittlichkeit verletzen darf, um nicht nach § 138 der Nichtigkeit zu verfallen. Daß Sitte und Sittlichkeit zwei vollkommen verschiedene Begriffe sind, bedarf wohl kaum einer Erwähnung. Eine Abgrenzung dieser beiden Begriffe „Sitte“ und „Sittlichkeit“ ist am schärfsten und gründlichsten wohl Jhering*) gelungen. Nach ihm liegt der Haupt-Unterschied beider Begriffe in ihrer inneren Wesensverschiedenheit. Schon die Sprache weist darauf hin, indem sie scharf zwischen beiden Ausdrücken unterscheidet. Niemand sagt, so führt Jhering an, von demjenigen, der lieblos gegen die Seinen, hartherzig gegen die Armen ist, er verstoße gegen die Sitte, noch umgekehrt von demjenigen, der die Sitte übertritt, z. B. die üblichen Umgangsformen außer Acht läßt, er handele unsittlich, unmoralisch. Jhering kommt somit zu dem Resultat, daß die Sitte sich auf das äußere Benehmen und Wesen der Menschheit, die Sittlichkeit dagegen auf den inneren Charakter bezieht. Das zeigt sich auch darin, daß alle die zahlreichen Synonyma der Sitte, wie Anstand, Ehrbarkeit usw. und sittsam, ehrbar, gesittet, schicklich usw. sich nur auf das äußere Benehmen, die Synonyma der Sittlichkeit dagegen, wie Moral, innere Ehre usw., sittlich, moralisch, ehrlich sich nur auf den Charakter anwenden lassen. Einen weiteren Unterschied zwischen Sitte und Sittlichkeit sieht Jhering darin, daß die Sitte nur lokale,

*) vergl. Jhering: Zweck im Recht II.

die Sittlichkeit dagegen allgemeine und absolute Geltung hat. Das beweist schon die sprachliche Tatsache, daß man von einer Standes- und Orts-Sitte, nicht aber von einer Standes- und Orts-Moral redet. Während ferner die Moral für alle Klassen der Gesellschaft gilt, ist die Sitte meistenteils auf gewisse Stände, hauptsächlich auf die höheren beschränkt.

Diesen letzten Ausführungen Jherings möchte ich allerdings nicht ganz beistimmen. Von einem absoluten Moralbegriff kann man heutzutage ebensowenig sprechen, wie von einem absoluten Begriff der Sitte. Denn daß auch die verschiedenen Volksstämme verschiedene Moralbegriffe haben, ist ohne weiteres ersichtlich, man denke z. B. nur an die verschiedene Auffassung der Ehe bei Christen und Mohammedanern. Und auch die verschiedenen Volksklassen haben verschiedene Moralbegriffe, einem Nihilisten wird z. B. die Ermordung einer hochgestellten Person als eine höchst sittliche Tat erscheinen, während sie von der Mehrzahl der anderen Leute als höchst verdammungswürdig angesehen wird. Von einer allgemeinen Ortsmoral wird man allerdings im Allgemeinen nicht sprechen können.

Daß nun das Gesetz unter den „guten Sitten" nur die Sittlichkeit in dem von Jhering entwickelten Sinne verstanden haben kann ist meiner Ansicht nach so klar, daß es sich kaum verlohnt, darauf näher einzugehen. Denn die Sitte in diesem eben entwickelten Sinne, die sich also nur auf das äußere Benehmen der Menschen bezieht, ist etwas so Gleichgültiges und Belangloses und für das allgemeine Wohl so Unwesentliches, daß die Rechtsordnung keinen Grund hätte, diese Sitte besonders zu schützen.

Auch die historische Entwickelung zeigt uns, daß das Gesetz hier nur die Sittlichkeit im Auge gehabt haben kann. Der Ausdruck „gute Sitten" ist eine wörtliche Übersetzung der römischen boni mores und die Bestimmung des § 138 B. G. B. entspricht genau der Codexstelle (c. 4. Cod. 8,38) omnia quae contra bonos mores vel in

pacto vell in stipulatione deducuntur, nullius momenti sunt. Daß im römischen und gemeinen Recht hier die unsittlichen und nicht die sittenwidrigen Geschäfte getroffen werden sollten, steht ganz außer Zweifel und ist auch von keinem Pandektisten jemals bestritten worden. Warum nun gerade im B. G. B. dieser Bestimmung ein neuer Sinn untergeschoben werden sollte, ist nicht ersichtlich, zumal da dies einen gewaltigen Rückschritt gegenüber der römischen Auffassung bedeuten würde. Es wäre eine unglückliche Wortinterpretation, die dem großzügigen Geist unserer Gesetzgebung und unseres B. G. B. in keiner Weise entsprechen würde.

Hat man sonach festgestellt, daß unter „gute Sitten" im Sinne des § 138 B. G. B. die Sittlichkeit oder Moral verstanden werden muß, so erhebt sich allerdings sofort an zweiter Stelle die Frage, welcher der verschiedenen geltenden Begriffe der Sittlichkeit ist als Maßstab anzuwenden. Auch diese Fragen beantworten sich zunächst sehr einfach. Es ist klar, nur die heute in Deutschland dem Geltungsgebiete des B. G. B. anerkannte Moral kann gemeint sein. Aber auch selbst innerhalb dieses Gebietes kann man, wie bereits oben erwähnt, von einem einheitlichen Moralbegriff nicht reden, jeder Stand, jeder Beruf hat seine eigenen Sittenanschauungen, die von einander oft recht weit differieren.*)

Hier erhebt sich nun die Frage, inwieweit der Richter diese verschiedenen Moralbegriffe, die sich ihrem Inhalte nach teils als besonders verfeinert, teils als ungewöhnlich grob charakterisieren, zu berücksichtigen hat, oder ob er sich um diese Unterschiede überhaupt nicht zu bekümmern braucht, sondern lediglich sein eigenes subjektives Em-

*) vergl. Engels, Dürings Umwälzung der Wissenschaften, S. 71—73; eine über den Klassengegensätzen und über der Erinnerung an sie stehende wirkliche menschliche Moral, wird erst möglich auf einer Gesellschaftsstufe, die die Klassengegensätze nicht nur überwunden, sondern auch für die Praxis des Lebens vergessen hat.

pfinden entscheiden lassen darf. Das Reichsgericht hat sich mit dieser höchst bedeutsamen Frage bereits beschäftigt. In Entscheidungen des Reichs-Gerichts Bd. 48, S. 127 hat es sich über den Maßstab für den Begriff der guten Sitten dahin ausgesprochen, es sei nicht ausgeschlossen, daß auf die Sittenanschauung eines bestimmten Volkskreises, wenn sich in ihr die herrschende Sitte ausprägt, Rücksicht genommen wird, so z. B. auf die Anschauung eines ehrbaren Kaufmanns im Handelsverkehr. Und in Entscheidungen des Reichsgerichts, Bd. 55, S. 373 heißt es: wie eine niedrige Denk- und Handelsweise, selbst wenn sie in einzelnen Volksschichten die herrschende sein sollte, immer Unsitte bleibt und nicht gute Sitte wird, ebensowenig kann die vornehme Gesinnung, durch die sich gewisse Kreise und Personen auszeichnen, für die Begriffbestimmung der guten Sitten im Rechtssinne den Maßstab bilden. Zwischen der Handlungsweise eines vornehmen Käufers und derjenigen eines Käufers, der im Geschäftsverkehr den Anforderungen der Redlichkeit und des Anstands genügt, liegt ein Spielraum, der in den Grenzen der guten Sitten sich bewegt; und in gleichem Sinne spricht sich die Entscheidung Bd. 58, S. 217 aus, indem sie folgendes ausführt: „Bei Beantwortung der Frage, ob ein Verstoß gegen die guten Sitten vorliegt, kann nicht entscheidend sein, wie im gegebenen Fall ein Mann von vornehmer Denkart und verfeinertem Anstandsgefühl gehandelt oder nicht gehandelt haben würde, wie denn andererseits auch eine in gewissen Kreisen etwa herrschend gewordene laxe Anschauung und Gepflogenheit dem Handelnden nicht zur Entschuldigung dienen kann. Es ist vielmehr bei Prüfung der Frage, ob eine gewisse Handlungsweise gegen die guten Sitten verstößt, ein allgemeiner, gewissermaßen durchschnittlicher Maßstab anzuwenden."

In allen seinen Entscheidungen hat das Reichsgericht wie wir sehen, den gleichen Standpunkt vertreten. In der Literatur dagegen wird diese Frage sehr verschieden beantwortet. Daß der Richter allerdings seine eigene

individuelle Anschauung der Beurteilung der Frage nicht zu Grunde legen darf, darüber herrscht im allgemeinen Einverständnis.[1]) Eine Anzahl Schriftsteller will nun aber bei Beurteilung dieser Frage die ethischen Anschauungen des Kreises zu grunde legen, innerhalb welches das Rechtsgeschäft seine Wirksamkeit äußern soll.[2]) Dieser Ansicht möchte ich aber keinesfalls beitreten. Dann müßte der Richter ebensowohl, wenn ein Rechtsgeschäft in gewissen moralisch tief stehenden Kreisen seine Wirksamkeit äußern soll, „die in diesen Kreisen etwa herrschend gewordene laxe Anschauung berücksichtigen," eine logische Folgerung, mit der die Anhänger dieser Theorie wohl kaum einverstanden sein dürften. Außerdem würde man dann schließlich dahin kommen, daß derselbe Vertrag in so und so vielen Fällen von den Gerichten für nichtig erklärt wird, während er in vielen anderen Fällen für gültig und klagbar angesehen wird, je nachdem, von welchen Personen er geschlossen wird. Besonders treffend wendet sich auch Lothmar gegen diese oben angeführte Ansicht. Er führt dagegen folgendes an[3]): „Von den besonderen Moralunterschieden glauben wir sagen zu sollen, daß ihrer der Richter bei Beurteilung der Moralität von Verträgen nicht zu achten hat. Indem das Recht, das er handhabt, ihm vorschreibt, den moralwidrigen Verträgen seinen Rechtsschutz zu versagen, hat es die Gleichheit aller Rechtssuchenden vor dem Gesetz auch für diese Prozesse anzu-

[1]) dagegen Holder Kommentar, Bem. 1b, § 138: der Richter sei nicht verpfl., die herrschende Ansicht als maßgebend zu betrachten, wenn sie seiner eigenen Überzeugung widerspräche.

[2]) vergl. Riezler in Staudingers Kommentar a. a. O. S. 445, Anm. 2 zu § 138. Aber unter Umständen sind auch nicht die Anschauungen des Volksganzen zu berücksichtigen, innerhalb dessen über dasselbe Handeln in den verschiedenen sozialen, religiösen, ständischen Gruppen verschiedene ethische Vorstellungen herrschen können, sondern eben jenes bestimmten Kreises der Handelnden, welchen ein zwar fremder, aber durch kein deutsches Wort zu ersetzender Ausdruck als sein „Milieu" bezeichnet.

[3]) vergl. Lothmar a. a. O., S. 96 und 97.

nehmen, ihm zur Pflicht gemacht. Soll er sie nun auch in Beziehung auf die Moralität von Verträgen gleichbehandeln, so muß er ohne Ansehen der Person, also ihres Geschlechtes, ihres Berufes, ihrer Klasse, darauf sehen, daß die Vertragsfreiheit nicht zur Verletzung von Gütern führe, zu deren Schutz sich Moralpflichten ausgebildet haben. In den meisten unmoralischen Verträgen, die uns begegnet sind, waren es Leben, Gesundheit, persönliche Würde, gewisse ökonomische und gewerbliche Freiheiten, die durch den Vertrag in Gefahr kamen, oder gekränkt wurden. Diesen Gütern hat der Richter zu Hilfe zu kommen, ohne darnach zu fragen, wie es mit ihrer Schätzung gerade in den Lebenskreisen der Kontrahenten gehalten wird."

Der von Riezler in Staudingers Kommentar ausgesprochenen Ansicht möchte ich mich aus allen diesen Gründen, wie schon gesagt, nicht anschließen, ich möchte vielmehr die auch vom Reichsgericht vertretene Ansicht, daß für die Frage, ob ein Rechtsgeschäft gegen die guten Sitten verstößt, das allgemeine Volksbewußtsein und die jeweiligen allgemeinen Anschauungen des Verkehrslebens maßgebend sind, für die richtige erachten und meinen Ausführungen zugrunde legen.

Bevor ich nun aber zu der Frage, ob die von uns behandelten Verträge dem allgemeinen Volksbewußtsein widersprechen, oder nicht, eine entscheidende Stellung einnehme, möchte ich einige allgemeine Betrachtungen über die Anwendbarkeit des § 138 B. G. B. vorausschicken.

Die Vorschrift des § 138 B. G. B. gibt dem Richter eine ungeheuere Macht in die Hand. Die Motive*) sagen hierüber: „Die Vorschrift stellt sich als ein bedeutsamer gesetzgeberischer Schritt dar, der vielleicht nicht ohne Bedenken ist. Dem richterlichen Ermessen wird ein Spielraum gewährt, wie ein solcher großen Rechtsgebieten bisher unbekannt ist. Bei der Gewissenhaftigkeit des deutschen Richterstandes darf aber unbedenklich darauf vertraut

*) vergl. Motive, Bd. I, S. 211.

werden, daß die Vorschrift im Ganzen und Großen nur in dem Sinne angewendet wird, in dem sie gegeben ist."

Wohl kein Paragraph unseres ganzen B. G. B. ist so allgemein gehalten wie dieser. Nirgends haben sich daher auch bei der Anwendung dieser Vorschrift so verschiedenartige Urteile gebildet, wie hier, — nicht gerade zum Vorteil unserer Rechtspflege. Denn jeder Vertrag, jedes Rechtsgeschäft muß, bevor ihm Klagbarkeit verliehen wird, diesen Engpaß des § 138 B. G. B. passieren, der je nach der subjektiven Auffassung des betreffenden Richters, die natürlich doch immer eine große Rolle spielen wird, bald leicht bald schwer zu durchgehen ist. Grade in letzter Zeit hat sich nun, begünstigt durch Werke angesehener Autoren*) eine Strömung bemerkbar gemacht, die eine möglichst weite Anwendung dieses Paragraphen bezweckt, und es werden bisweilen Verträge auf Grund dieses Paragraphen angefochten, hinter denen eine Unsittlichkeit zu finden, früher niemanden eingefallen ist. Diese Strömung verfolgt an sich sehr schätzenswerte Ziele. Das Recht soll sich nach ihnen, nicht nur nach den realen Bedürfnissen der Menschen richten, sondern es soll sich auch, wie Kohler**) lehrt, „nach den Sittlichkeits-, Schönheits- und Religionsbestrebungen richten, und die Ideale der Kultur pflegen." Verträgen und Rechtsgeschäften, die diesen Idealen zuwiderlaufen, soll es die Klagbarkeit versagen.

Diese Strömung entfernt sich meines Erachtens aber bei ihrem Suchen nach Idealen sehr weit von dem Hauptideal jeder Rechtsordnung, nämlich dem Grundsatz der bindenden Kraft des einmal geschlossenen Vertrages. Das Recht ist meines Erachtens nach keine Wissenschaft, die sich mit den Idealen des Kulturlebens zu befassen hat, wie Kohler annimmt, sondern im Gegenteil, es ist eine Wissenschaft, die sich vor allen Dingen mit den Realitäten des Lebens beschäftigen muß und soll; ihr höchstes Ideal muß stets das sein, dem Recht zum Rechte zu verhelfen.

*) vergl. z. B. Kohler: Die Ideale im Recht.

**) a. a. O. Archiv für Bürgerliches Recht. Bd. V. S. 161 ff.

Wenn deshalb zwei Menschen ohne jeden Zwang und im Vollbesitz ihrer geistigen Kräfte einen Vertrag mit einander schließen, so ist es zunächst recht, daß sie diesen Vertrag auch halten und sich danach richten, und diese Einhaltung des Vertrages zu erwirken, muß die allererste Aufgabe der Rechtsordnung sein. Natürlich darf ein solcher Vertrag nichts Gesetzwidriges zum Inhalt haben, dann würde seine Einhaltung dem Recht eben widersprechen und es ist unmöglich, daß man von der Rechtsordnung gezwungen werden kann, etwas Rechtswidriges zu tun, selbst wenn man sich dazu verpflichtet hatte, ein solcher Vertrag muß natürlich nichtig sein. Anders, wenn ein derartiger Vertrag nichts Verbotenes, sondern nur etwas zum Inhalt hat, was den Idealen, vielleicht auch nur dem verfeinerten Gefühl des Anstands widerspricht. Auch ich betrachte es als ein Zeichen unserer entwickelten Rechtspflege, daß das Recht nicht alle diese Verträge anzuerkennen braucht, sondern daß es auch Verträgen, die ohne gesetzwidrig zu sein doch dem sittlichen Empfinden widersprechen, die staatliche Anerkennung versagen darf. Aber in allen diesen Fällen wird sich der Richter immer bewußt sein müssen, daß er, wenn er einen solchen Vertrag für nichtig erklärt und den einen Teil also von der von ihm rechtsmäßig übernommenen Verpflichtung entbindet, daß er dann streng genommen gegen einen fundamentalen Grundsatz unserer Rechtspflege verstößt. Deswegen soll er, ehe er sich dazu entschließt, einen solchen Vertrag für nichtig zu erklären, genau prüfen, ob ein solcher Schritt im vorliegenden Fall auch notwendig war, ob der Vertrag wirklich dem sittlichen Empfinden derart widersprach, daß die Außerachtlassung des Grundsatzes der Gültigkeit des geschlossenen Vertrages dadurch gerechtfertigt wurde.

Außerdem stehen auch vom sittlichen Standpunkte aus betrachtet einer allzuweiten Auslegung des § 138 B. G. B. ebenfalls schwere Bedenken entgegen, und die Möglichkeit ist nicht von der Hand zu weisen, daß man durch eine zu rigorose Anwendung dieser Bestimmung gerade das Gegen-

teil von dem erreicht, was man erstrebt. Denn es würde dazu führen, daß viele Leute skrupellos Verträge eingehen und sich schon beim Abschluß derselben vornehmen, die Verpflichtungen, die sie übernommen haben, wenn es ihnen nicht passen sollte, nicht zu erfüllen, sondern eventl. die Nichtigkeit dieser Verträge im Prozeßwege geltend zu machen, ein Fall, den man in der Praxis auch jetzt schon recht häufig beobachten kann. Der Gegner, der seinerseits bereits erfüllt hat, ist dann meist der Betrogene. Ich möchte behaupten, daß es dem sittlichen Empfinden weit mehr widerspricht, die Gültigkeit eines Vertrages, den man selbst geschlossen hat, auf Grund von § 138 B.G.B. anzufechten, und sich somit seiner übernommenen Verpflichtung zu entziehen, als überhaupt einen solchen Vertrag zu schließen.

Diesen Gesichtspunkt will ich nun auch bei der nun folgenden Betrachtung im Auge behalten.

Ich komme also jetzt zu unserem Hauptthema zurück und zu der Frage, sind die von uns behandelten Verträge wirklich der Sittlichkeit widersprechend und wenn ja, aus welchen Gründen?

Es ist überaus gewagt, allgemeine Grundsätze darüber aufzustellen, unter welchen Voraussetzungen ein Vertrag gegen die guten Sitten (natürlich in dem von mir oben entwickelten Sinn) verstoßen soll und wann nicht; es ist überaus gewagt, aus dem Grunde, weil gerade hier bei einer so heiklen Frage auch die kleinsten Nebenumstände des einzelnen Falles, die Personen der vertragschließenden Parteien, die Umstände, unter denen ein solcher Vertrag zu Stande gekommen ist, sorgsamst geprüft und berücksichtigt werden müssen, um ein Bild darüber zu geben, ob ein solcher Vertrag den guten Sitten zuwiderläuft oder nicht.*)

*) vergl. hierüber auch Rehbein B. G. B., Bd. I, S. 182. Er erklärt dort, sich gegen die Sätze Lothmars wendend, das Anwendungsgebiet der guten Sitten sei nicht abstrakt zu formulieren, sondern in jedem einzelnen Falle durch den konkreten Gesamtcharakter des Rechtsstreits gegeben, der sich aus der Zusammenfassung aller subjektiven und objektiven Momente ergebe.

Immerhin aber kann ein solches Kriterium, wenn es mit richtigem Verständnis aufgefaßt und angewandt wird, dem Richter wichtige Anhaltspunkte bei der Beantwortung unserer Frage bieten. In seinem Werke „Der unmoralische Vertrag" hat nun Lothmar ein solches Kriterium aufgestellt, das dem Richter als Maßstab für die Entscheidung über die Unsittlichkeit der Rechtsgeschäfte dienen soll. Wenn auch seine Untersuchungen lediglich auf Grundlage des gemeinen Rechts aufgebaut sind und seine Leitsätze deshalb streng genommen nur für dieses bestimmt sind, so können sie doch auch fast unverändert für das B. G. B. übernommen werden, was auch in der Literatur allgemein geschehen ist. Auch die oben citierte Reichsgerichts-Entscheidung vom 11. Juni 1907 hat sich ausdrücklich auf die Lothmar'schen Grundsätze berufen. Lothmar*) stellt nun folgende drei Grundsätze auf:

Ein Vertrag ist contra bonos mores nur wenn eines der drei folgenden Verhältnisse seines Inhalts zur Moral gegeben ist, nämlich

1) wenn er eine Handlung, Duldung, Unterlassung vereinbart, die unmoralisch ist,
2) wenn er zum Gegenstand einer Vereinbarung macht eine Handlung, Duldung, Unterlassung, die zwar nicht unmoralisch ist, aber von Moral wegen nicht vertraglich vorgenommen oder zugesichert und damit dem Rechtszwang unterstellt werden darf,
3) wenn er eine ökonomische Leistung in Kausalbeziehung zu einer Handlung, Duldung oder Unterlassung setzt, welche, mag sie moralisch oder unmoralisch sein, von Moralwegen nicht in solcher Kausalbeziehung zu Geld oder Geldeswert stehen soll.

Es bedarf keiner großen Untersuchung, daß nur der dritte der aufgestellten Sätze auf unsere Verträge Anwendung finden könnte. Denn an und für sich ist die Übertragungshandlung hier keineswegs unmoralisch, die in

*) vergl. Lothmar a. a. O. S. 68 ff.

einem solchen Vertrage übernommene Verpflichtung ist auch nicht eine solche, daß sie von Moralwegen dem Rechtszwange nicht unterstellt werden könnte. Es wird sich demnach eben nur noch fragen, ob der dritte der Sätze auf solche Verträge Anwendung finden kann.

Die ärztliche sowie auch die anwaltliche Praxis gründen sich in allererster Linie wie die ehrengerichtlichen Entscheidungen annehmen, auf das Vertrauen, daß die einzelnen auf die persönlichen Fähigkeiten, sowie in den Charakter des Inhabers der Praxis setzen.*) Dieses Vertrauen nun in Geld umzusetzen, das ist nach Ansicht der angezogenen Entscheidungen und auch des Ehrengerichtshofes für deutsche Rechtsanwälte, sowie des ärztlichen Ehrengerichtshofes dasjenige, wodurch die Unsittlichkeit eines solchen Vertrages bedingt wird, da in einem solchen „Verkauf" des Vertrauens notwendig auch eine Täuschung des Vertrauens enthalten ist. In der Entscheidung vom 29. Januar 1886 hat der Ehrengerichtshof hierüber folgendes ausgeführt:**)

Ein Rechtsanwalt, welcher das ihm vom Publikum geschenkte Vertrauen in Geld umsetzte, würde seine Pflichten gröblich verletzen, denn die Rechtssuchenden, welche der Empfehlung eines ihr Vertrauen genießenden Anwalts folgend ihr Vertrauen auf den empfohlenen Anwalt übertragen, setzen voraus, und sind berechtigt, vorauszusetzen, daß in ihrem Interesse, nicht im Interesse des Empfohlenen und daß aus freier Überzeugung nicht gegen vertragsmäßiges Entgelt die Empfehlung erfolgt. Sie würden, wenn sie wüßten, daß der Empfohlene die Empfehlung bezahlte, derselben kaum einen Wert beilegen. Deshalb muß eine Abmachung, um wirksam zu sein, dem Publikum unbekannt bleiben, eine solche Abmachung schließt deshalb eine Täuschung des einem Rechtsanwalt vom Publikum

*) Das ist aber nur zum Teil richtig. Ein wichtiger Faktor der anwaltlichen Praxis wird ohne Frage auch durch die Lage und das Personal des Büros gebildet.

**) Entsch. des Ehrengerichtshofes für dt. Rechtsanwälte, Bd. II.

dargebrachten Vertrauens in sich und der Anwalt, welcher eine solche Abmachung eingeht oder einzugehen versucht, erweist sich der Achtung unwürdig, die sein Beruf erfordert.

Vollkommen gleichgültig ist es hierbei, ob die Anwaltschaft sich als freies Gewerbe darstellt, kein Gewerbe ist so frei, daß es die Täuschung des Vertrauens Dritter gestattete, ohne daß der Täuschende die öffentliche Achtung einbüßte. Die Rechtsanwaltschaft ist aber kein freies Gewerbe, sondern ein staatsseitig geordneter wissenschaftlicher Beruf im Dienste des Rechts und der öffentlichen Rechtspflege, und sie ist nur insoweit frei, als ihr nicht diese ihre Aufgabe und die Gesetze, insbesondre die Rechtsanwalts-Ordnung Schranken setzen."

Und ganz ähnlich hat der ärztliche Ehrengerichtshof in seiner Entscheidung vom 12. Januar 1904 geurteilt:*) Es muß für den Arzt, der in erster Linie einen freien mit besonderer Verantwortung verbundenen, auf den Grundlagen wissenschaftlicher Bildung beruhenden Beruf ausübt, als standesunwürdig angesehen werden, wenn er seine Praxis, d. h. den ideellen Wert der durch persönliches Vertrauen und Ruf bedingten Möglichkeit der Erhaltung alter und des Erwerbs neuer Kundschaft gegen Entgelt auf andere überträgt.**)

Untersuchen wir nun einmal genauer, ob bei einem solchen Rechtsgeschäft wirklich von einer Täuschung des Vertrauens geredet werden kann. Eine solche Täuschung des Vertrauens kann meiner Ansicht nach nur dann in Frage kommen, wenn ein Arzt oder Anwalt seinen Patienten oder seiner Klientel einen solchen Kollegen empfehlen wollte, von dem er weiß, daß er untüchtig ist oder von

*) Ministerialblatt für Medizinal- und medizinische Unterrichtsangelegenheiten, IV. Jahrg. Nr. 18.

**) Alle hier angezogenen Entscheidungen beziehen sich zwar ursprünglich nur auf bestimmte konkrete Fälle, in der Begründung sind sie aber meist so allgemein gefaßt, daß eine Verallgemeinerung ihrer Ansichten sehr wohl möglich ist und auch in der Tat überall erfolgt ist.

dessen Tüchtigkeit er sich überhaupt noch nicht überzeugt hat, und den er nur deshalb in seine Praxis einzuführen sucht, lediglich weil dieser ihm dafür eine größere Summe Geldes versprochen hat. Unter diesen Umständen würde meiner Ansicht allerdings eine grobe Täuschung des dem Anwalt oder Arzt entgegengebrachten Vertrauens vorliegen. Es bedeutete nicht nur einen Schaden für den einzelnen Kundenkreis des betreffenden Arztes oder Anwaltes, wenn derartige Verträge zwischen den Angehörigen dieser Stände üblich würden, der ganze Stand würde vielmehr in der allgemeinen Achtung sinken. Nicht nur in den Kreisen der Standesgenossen, sondern auch in den Augen der Gesamtheit würde ein solcher Vertrag als unsittlich empfunden werden, und ein solches Rechtsgeschäft wird deshalb mit vollem Recht als unsittlich der Nichtigkeit des § 138 verfallen müssen. Insoweit ist dem oben citierten Reichsgerichts-Urteil, das einen Verstoß gegen die guten Sitten dann für vorliegend erachtete, wenn ein Arzt seine Praxis an einen anderen Arzt unter Umständen überträgt, die eine Verwertung des Vertrauens zum Zwecke reinen Vermögensgewinnes dartun, durchaus zuzustimmen.

Wie aber nun, wenn ein Arzt oder Anwalt, der sich zur Ruhe zu setzen beabsichtigt, oder aus anderen Gründen seinen bisherigen Wirkungskreis verlassen möchte, einen Kollegen bei seinem Kundenkreis einführt und empfiehlt, von dem er mit Bestimmtheit weiß, daß er ein tüchtiger kluger Mensch ist, von dem er vielleicht sogar annimmt, daß er ihn selbst noch an Tüchtigkeit übertreffen wird.*)

*) Natürlich muß auch hier der von dem Erwerber zu zahlende Preis in angemessenem Verhältnis zu dem Wert der zu übertragenden Praxis stehen. Dabei wird zu berücksichtigen sein, daß die Praxis absolut keinen festen, sicheren Vermögenswert darstellt, sondern daß sie vielmehr überaus flüchtig und dem steten Wechsel unterworfen ist; es ist dabei ferner zu berücksichtigen, daß es, wie schon erwähnt, fast nie gelingen wird, die ganze Praxis auf den Ersteher überzuleiten, daß ein Teil der Praxis dem Ersteher vielmehr immer verloren gehen wird. An eine Kapitalisierung des jährlichen Er-

Von einer Täuschung des ihm entgegengebrachten Vertrauens könnte also hier keine Rede sein. Dieser Grund, das Rechtsgeschäft als unsittlich zu betrachten, würde also fortfallen. Man wird hier aber anführen, daß es auf alle Fälle als unsittlich betrachtet werden muß, sich für eine Empfehlung, mag dieselbe nun der eigenen Überzeugung entsprechen oder nicht, Geld bezahlen zu lassen, und so eine ökonomische Leistung in Kausalbeziehung zu einer Handlung zu bringen, die von Moralwegen nicht in solcher Beziehung stehen soll.*) Nach Ansicht der Ehrengerichte, wie sie in den angeführten Urteilen dargelegt sind, wäre eine solche entgeltliche Empfehlung allerdings schlechthin als unsittlich und standesunwürdig anzusehen. Daß es nun im allgemeinen nicht als unsittlich betrachtet wird, für eine Empfehlung auch Geld anzunehmen, das beweisen die vielen Annoncen, die wir täglich in unseren Zeitungen lesen können, fast bei jeder Geschäftsübernahme bittet der Verkäufer seine Kunden, das ihm geschenkte Vertrauen auch auf seinen Nachfolger übertragen zu wollen, und sicherlich wird eine solche Anzeige oft einen wesentlichen Bestandteil eines solchen Vertrages ausmachen. Ich glaube auch wohl, daß kein Gericht eine solche Abmachung unter Kaufleuten für unsittlich und deshalb nichtig erklären wird. Nun führt allerdings das zweite der oben zitierten Reichsgerichts-Urteile aus, daß der Beruf des Rechtsanwalts und des Arztes über dem Niveau einer reinen Gelderwerbstätigkeit stehen und auf die Stufe eines gewerblichen Unternehmens nicht herabgezogen werden dürfen, daß es dem Anstands-

trages der Praxis kann aus dieser Erwägung natürlich unmöglich gedacht werden. Meines Erachtens wird im allgemeinen nie über den fünffachen Betrag des jährlichen Einkommens als „Kaufpreis" hinausgegangen werden dürfen, doch werden auch hier natürlich die Verhältnisse des einzelnen Falles zu berücksichtigen sein.

Daß aus einem unverhältnismäßig hohen Kaufpreis auf die Unsittlichkeit des ganzen Vertrages unter Umständen geschlossen werden kann, soll übrigens keineswegs bestritten werden.

*) vergl. Lothmar, Punkt 3.

gefühle aller billig und gerecht Denkenden anstößig wäre, wenn diese Berufe lediglich zum Zwecke des Geldverdienens und nach den Antrieben dieses Zweckes ausgeübt würden, mit anderen Worten, daß es dem Sittlichkeitsgefühl der Allgemeinheit zwar nicht widersprechen würde, wenn der Inhaber eines gewerblichen Unternehmens seinen Nachfolger seinen Kunden gegen Entgelt empfehlen würde, auch selbst ohne sich von der Tüchtigkeit desselben überzeugt zu haben, daß dies aber beim Arzt oder Anwalt allgemein als anstößig betrachtet werden würde, selbst wenn die Empfehlung aus bester Überzeugung käme.

Ob dies wirklich die Meinung der Allgemeinheit ist, kann ich natürlich nicht entscheiden. Ich selbst möchte mich dieser Anschauung jedoch nicht anschließen. Ich vermag nicht einzusehen, warum eine Handlung, die bei dem Einen unter den gleichen Umständen für durchaus richtig angesehen wird, bei dem Anderen dagegen vom Rechte für unsittlich und deshalb nichtig betrachtet wird. Obendrein ist nicht hinwegzuleugnen, daß der Ärzte- sowie der Anwaltsstand sich in gewissem Sinne immer mehr und mehr einem gewerblichen Unternehmen genähert haben. Diese Entwickelung nun aufzuhalten oder wegzuleugnen, was doch die angezogenen Entscheidungen unzweifelhaft bezwecken, wird kaum mehr möglich sein. Sie ist ein Ausfluß des Grundsatzes, daß sich Jeder, der die vorgeschriebenen Examina abgelegt hat, auch überall als Arzt oder Anwalt niederlassen darf. Man kann es ja im gewissen Sinne bedauern, daß dies so geworden ist, aber man wird es kaum noch zu ändern und abzuleugnen vermögen.

Daß übrigens, wie die Reichsgerichtsurteile stets betonen, die ehrengerichtlichen Entscheidungen der Ärztesowie der Anwaltskammern auch in der Tat immer einen getreuen Spiegel der gesamten Ansichten des betreffenden Standes abgeben, möchte ich bezweifeln. Denn daß in den Kreisen der Rechtsanwälte keineswegs derartige Verträge stets als unsittlich empfunden werden, wie die Entscheidungen der Ehrengerichte anzunehmen scheinen, das

beweisen meiner Ansicht die vielen Annoncen, die wir in dem vornehmsten Organe der deutschen Anwaltschaft, der juristischen Wochenschrift finden. Ich möchte hier einmal aus der letzten Nummer dieser Zeitung vom 15. Juli 09 Nr. 14, 38. Jahrgang einige solcher Annoncen herausgreifen:

> Gute Landgerichtspraxis abzugeben. Bedingung: Wohnhaus zunächst mieten, dann kaufen.
>
> Langjährige Land- und Amtsgerichtspraxis mit Haus in Elberfeld wegen Todesfall sofort zu übertragen.
>
> Rechtsanwalt (Landgericht) will seine anhängigen Sachen an Anfänger abgeben.
>
> Anwalt, Christ, will nach langjähriger erfolgreicher Tätigkeit in Berlin in eine Stadt am Rhein übersiedeln. Übernahme einer Praxis erwünscht.
>
> Rechtsanwalt und Notar an größerem Amtsgericht sucht baldigst Praxis an Amtsgericht oder Landgericht, eventl. auch mit Haus zu übernehmen oder zu tauschen.

Wenn man also wirklich in diesen Kreisen derartige Verträge als unsittlich und standesunwürdig betrachtete, so würde man sich wohl scheuen, diese Annoncen so offenkundig in diese Zeitschrift einsetzen zu lassen, um so der Achtung seiner Standesgenossen verlustig zu gehen; denn wenn die Annoncen auch nur unter der Angabe einer Chiffre erschienen sind, so ist es doch für jeden ein Leichtes, den wirklichen Namen festzustellen. Obendrein würde dann auch die Redaktion dieses, gewissermaßen amtlichen Organs des Dt. Anwaltvereins die Einrückung derartiger Annoncen verweigern.

Ich habe oben ausgeführt, daß man das Unsittliche eines solchen Vertrages darin im Allgemeinen gesehen hat, daß sich ein Arzt oder Anwalt für Empfehlungen, möchten sie auch aus vollster Überzeugung kommen, Geld bezahlen läßt. Ich habe mich dieser Ansicht nicht angeschlossen, aber ich gebe zu, daß man grade über diesen Punkt auch wohl die entgegengesetzte Ansicht vertreten

kann. Nun bildet aber grade bei Verträgen über eine Anwaltspraxis die Empfehlung des die Praxis veräußernden Anwalts einen unwesentlichen und deshalb seltenen Bestandteil eines solchen Übernahmevertrages. Das Hauptsächlichste an einem solchen Vertrage wird stets die Übernahme der Büroräume und auch des Büro-Personals bleiben, denn an diesen beiden hängt der größte Teil der Praxis. Die meisten Anwälte werden von einer besonderen Empfehlung ihrer Nachfolger deshalb Abstand nehmen, zumal da sie durch eine solche Empfehlung bei der Klientel nicht viel erreichen würden. Fällt nun aber dieses Moment der Empfehlung bei einem solchen Vertrage noch fort, so kann ich vollends nicht einsehen, worin dann das Unsittliche des Rechtsgeschäfts bestehen soll. Ein Anwalt gibt einen wirtschaftlichen Vorteil, den er durch jahrelange mühevolle Arbeit erworben hat, an einen anderen Kollegen ab, dem anderen fällt dieser Vorteil mühelos in den Schoß, er verdankt ihn lediglich der Arbeit seines Vorgängers, ist es da nicht recht und billig und der Sittlichkeit durchaus entsprechend, wenn derjenige, der zu Gunsten eines anderen Kollegen auf einen wirtschaftlichen Vorteil verzichtet, sich dafür auch ein gewisses Äquivalent in Geld bezahlen läßt?

Ich gebe, wie schon gesagt zu, daß man es vielleicht beklagen könnte, daß ein solches Gut, wie die Anwaltspraxis überhaupt übertragbar ist und auch übertragen wird, daß es überhaupt von der Person des Inhabers abstrahiert werden kann. Wollte man diesen Gesichtspunkt aber im Auge behalten, so müßte man jeden solchen Übernahme-Vertrag für nichtig erklären, gleichgültig, ob er nun entgeltlich oder unentgeltlich erfolgt ist. Unentgeltliche Übernahme einer Praxis hat man aber bisher im Allgemeinen nicht für unsittlich erklärt, ein Zeichen, daß man gegen die Übernahme einer Praxis an sich nichts einzuwenden hat und das Unsittliche nur in der Zahlung einer Geldsumme findet. Daß ich mich dem nur unter den oben entwickelten Bedingungen anzuschließen vermag, habe ich bereits dargetan, und wenn nun auch die Praxis

noch bei Beurteilung dieser Frage anderen wie den hier entwickelten Grundsätzen folgt, so glaube ich doch, daß sie schließlich von der Entwickelung der Verhältnisse gedrängt, ihren starren Standpunkt aufgeben und sich aus den oben dargelegten Erwägungen einer milderen Auffassung anschließen wird.*)

*) Überdies wird auch schon jetzt in den allenthalben abgeschlossenen Assoziationsverträgen eines älteren Anwalts, der eine größere Praxis besitzt, mit einem jungen Kollegen ohne Praxis absolut nichts unsittliches gefunden, obgleich sich ein solcher Vertrag, besonders wenn dem jungen Anwalt ein bestimmter Prozentsatz am Gewinn zugesichert wird, wirtschaftlich ebenfalls als ein Übertragungsvertrag eines ideellen Teils der Praxis darstellt, nur mit dem Unterschiede, daß der Ersteher anstatt Geldes hier seine Arbeitskraft und sein Wissen als Gegenleistung einsetzt.

Lebenslauf.

Ich bin am 22. Mai 1887 zu Grünberg i. Schl. als Sohn des Rechtsanwalt und Notars, Justizrats Richard Kleckow und seiner Ehefrau Gertrud geb. Schmidt geboren, ich bin preußischer Staatsangehöriger und evangel. Konfession. Meine Vorbildung empfing ich auf dem Friedrich-Wilhelms-Realgymnasium zu Grünberg, das ich Ostern 1905 mit dem Zeugnis der Reife verließ. Ich studierte Jura in Heidelberg und Berlin und bestand im Oktober 1908 das Referendar-examen am Königlichen Oberlandesgericht in Breslau. Im Vorbereitungsdienst arbeitete ich zunächst am Amtsgericht in Neusalz a. O., z. Z. bin ich am Landgericht Glogau beschäftigt. Im Februar dieses Jahres bestand ich an der Universität Breslau das mündliche Dr.-Examen.